Das
Erfordernis einer causa detentionis bei Besitz- und Eigentumserwerb durch constitutum possessorium
im gemeinen und heutigen bürgerlichen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

ACAD. LAND. RAT. ROST.

vorgelegt von

Hugo Felscher

Referendar aus Hamburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiaß.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Der Rechtsbegriff constitutum possessorium 3
§ 3. Name und rechtliche Natur im allgemeinen 5
§ 4. Das Traditionselement im constitutum 7
§ 5. Das Element des Besitzerwerbes im constitutum 9
§ 6. Der Rechtsbegriff causa detentionis 13

Die causa detentionis im gemeinen Rechte.

§ 7. I. Die Entwicklung der Konstitutsanwendung hinsichtlich einer causa detentionis im gemeinen Rechte bis auf Savigny . 16
II. Die causa detentionis im gemeinen Rechte seit Savigny.
A. Die Anhänger der „Stellvertretungstheorie".
1. Die Gegner der Kausatheorie.
§ 8. Savigny und Puchta 18
§ 9. Hauser, Kroschel, Goldschmidt, Thöl, Dernburg, Biermann und Bähr 20
§ 10. Zusammenfassende Kritik der dargelegten Ansichten 23
§ 11. Randa 25
2. Die Anhänger der Kausatheorie.
§ 12. Exner 26
§ 13. Exners nächste Anhänger 29
§ 14. Windscheid 33
§ 15. Harburger und Leonhard 36
B. Die Gegner der „Stellvertretungstheorie".
1. Die Gegner der Kausatheorie.
§ 16. Geller und Müller-Erzbach 38
2. Die Anhänger der Kausatheorie.
§ 17. v. Liebe 40
§ 18. Scheurl und Jhering 44
§ 19. C. Das Ergebnis 47

Die causa detentionis im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 20. Die Stellung des Konstituts im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Konstitutserfordernisse im allgemeinen . . 49
§ 21. Der Gegensatz zwischen neuzeitlichem und gemeinrechtlichem Konstitute 51
§ 22. Das „Rechtsverhältnis" des § 930 BGB. im besonderen . . . 54
§ 23. Der bloße Besitzerwerb durch constitutum possessorium im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs 59

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0065

Literaturverzeichnis.

Altsmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 11. Aufl. 1906.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Rechte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 101f.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 645f.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.

Bähr, Zur Besitzlehre. In Jherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 327f.

Behrend, Gutachten. In den Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages 1880 Bd. 1 S. 72f.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 1.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht. Bd. 2. 2. Aufl. 1904.

Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung. Bd. 3: Sachenrecht. Abt. 2. 1905.

Biermann, Das constitutum possessorium. Dissert. Berlin 1885.

Biermann, Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Zivilrecht 1891.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kommentar. 2. Aufl. 1903.

Blatzheim, Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter des dritten Besitzers einer Sache ist, durch constitutum possessorium den Besitz der Sache weiter übertragen? Unter besonderer Berücksichtigung der Streitfrage, ob zum constitutum possessorium eine causa detentionis erforderlich ist. Dissert. Erlangen 1897.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. 1904.

Cramer, Liegt nach preußischem Recht eine Übergabe durch constitutum possessorium in der Belassung der zu übergebenden Sache beim Tradenten zur Leihe oder zu Prekarium? In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 40.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 3. 4. Aufl. 1908.

Eck, Besitzerwerb. In Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. Bd. 1 S. 334/35.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 8. u. 9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1898.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867.

Exner, Kritik über Hausers Stellvertretung im Besitze. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 305f.

Exner, Gutachten. In den Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages 1880 Bd. 1 S. 3f.

Geller, Tradition, constitutum possessorium und pactum reservati dominii. Im österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 21 S. 1f.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 2. Teil 1. 1905.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. 1888.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Teil 2. 3. Aufl. 1891.

Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre. In seinen vermischten Schriften Bd. 1. 1901.

Harburger, Das constitutum possessorium. Dissert. München 1881.

Hauser, Stellvertretung im Besitze. 1870.

Hirzel, Das constitutum possessorium. Dissert. Zürich 1893.

v. Jhering, Der Besitzwille. 1889.

Kah, Der Eigentumserwerb durch Übertragung usw. In den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte 65. Jahrg. 1899 S. 281 f.

Kipp, Bemerkungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Windscheids Pandekten Bd. 1 9. Aufl. 1906.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Rechte. 1900.

Kober, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3 3./4. Aufl. 1907.

Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 1f.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Kroschel, Zur Lehre vom constitutum possessorium, besonders über die causa detentionis. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 72 S. 257f.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 2. 1899.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. 1903.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ein dogmatisches Lehrbuch. 2. Aufl. 1904.

Lehmann (s. Enneccerus).

Leonhard, Kritik der Harburgerschen Dissertation das „constitutum possessorium". In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 23 S. 311f.

Leonhard, Gutachten. In den Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages 1880 Bd. 1 S. 91f.

v. Liebe, Der Besitz als Recht in thesi. 1876.

Liebe, Das bürgerliche Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1904.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. 1900.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. 1876.

Meisner, Das Sachenrecht. Kommentar zum 3. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.

Motive zu dem Entwurf erster Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Müller-Erzbach, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigentums. Dissert. Freiburg i. Br. 1898.

Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe. Bd. 1. 4. Aufl. 1905.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes.

Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissert. Rostock 1903.

Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. Bd. 2. 1888.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 3. Aufl. 1906.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Dissert. Bonn 1906.

Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 323f.

Puchta, Das constitutum possessorium. In Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 1840.

Ramdohr, Grundriß des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen usw. Rechts. 4. Aufl. 1895.

Reuling, Kritik der Hauserschen Stellvertretung im Besitze. In Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 320f.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl.

v. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. (Heft 2 der weiteren Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 1886.)

v. Schey, Die Behandlung der Eigentumsübertragung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In der allgem. österreichischen Gerichtszeitung 53. Jahrg. 1902 S. 95f.

Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. 1881.

Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. 2: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz. 1907.

Stemann, Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekt des Besitzes. Dissert. Rostock 1903.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Jherings Jahrbüchern Bd. 31 S. 1 f.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38.

Türcke, Niedenführ u. **Winter,** Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1904/05.

v. Tuhr, Eigentumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, verglichen mit dem Rechte des code civil. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 30 Heft 3 S. 527 f.

Wildt, Unter welchen Voraussetzungen wird die Inhabung im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch geschützt? Dissert. Erlangen 1898.

Windscheid, Pandekten. Bd. 1. 9. Aufl. 1906. (Kipp.)

Wolf, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Handkommentar 1908.

§ 1.

Einleitung.

In Müllers Laden kauft Schulze einige Waren gegen bar, die er sich in ein Paket zusammenpacken läßt. Als Müller es ihm einhändigen will, sagt Schulze: „Das Paket ist mir zum Mitnehmen zu groß geworden, ich werde es abholen lassen, legen Sie's mir bis dahin zurück"; und Müller ist selbstredend dazu bereit.

„Sollte es wirklich angängig sein, in den zahllosen Fällen dieser Art Besitz- und Eigentumsübergang auf den Käufer zu negieren?"[1] So fragt Strohal im Anschlusse an obiges Beispiel in seinem Aufsatze „Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs",[2] um das constitutum possessorium, das in § 930 seinen Einzug in das Bürgerliche Gesetzbuch gehalten hat, gegen die Angriffe in Schutz zu nehmen, die diesem Rechtsinstitute im Laufe der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch von mancher Seite widerfuhren. Wollten einige Gutachter es doch ganz beseitigt wissen, weil es „erfahrungsgemäß nur im unredlichen Verkehr zu Simulationen verwendet werde, für den redlichen Verkehr dagegen völlig entbehrlich sei". Geht nun auch diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit zweifellos zu weit[3] — Strohal l. c. S. 35 meint, der Möglichkeit solcher mißbräuchlichen Verwendung wegen das constitutum possessorium gänzlich abzuschaffen, wäre kaum weiser, als wollte man den Zinsenvertrag für ungültig erklären, weil der Promittent dabei häufig bewuchert werde —, so soll doch andererseits nicht verkannt werden, daß das Konstitut in der Tat neben seinem wohltätigen Einflusse, mit dem es berechtigten Ansprüchen des Verkehrslebens, z. B. bei der Kreditgewährung, zustatten kommt,[4] auch Scheingeschäfte erleichtert. Mancher

für den pfändenden Gläubiger verlorene Interventionsprozeß weiß davon zu sagen, welcher „Unfug mit dem constitutum possessorium getrieben“[5] ist, das als Scheinkonstitut vermögenslosen Schuldnern die willkommenste Handhabe zur fraudulösen Beseitigung von Zwangsvollstreckungsobjekten darbot. Da solche Manipulationen, wenn auch nur als „pathologische Ausnahmeerscheinungen des Rechtslebens“,[6] die Juristen, wenigstens die praktischen, vorwiegend beschäftigt haben mögen, so kann es nicht befremden, daß man von jeher zur Eindämmung des Mißbrauches auf Mittel und Wege gesonnen hat, um die Rechtsgültigkeit des Konstituts festzustellen. Hierbei fehlte es denn auch nicht an willkürlichen Einschränkungen: Die mittelalterlichen Pandektisten verlangten z. B. den Gebrauch der solennen Worte „constituo (nicht etwa confiteor) me possidere nomine alieno“.[7] Mit diesem und ähnlichem „Ballast“ räumte Savigny in seinem „Recht des Besitzes 1803“ auf, indem er das Konstitut als einen Anwendungsfall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter darstellte, bei dem es nicht auf Formalitäten ankommen könne, während man vorher in dem Besitzübergange durch constitutum possessorium eine Singularität für ein „Recht mit Traditionsprinzip“[8] erblickt hatte, ein „mirabile mundi“,[9] dem man mit allerlei Formelwerk beikommen zu müssen glaubte.

In neuester Zeit suchte man dem Scheinkonstitut durch die Aufstellung des Erfordernisses einer sogen. causa detentionis zu steuern, die (nach Biermann[10] als erster) Exner in seiner 1867 erschienenen Monographie über „die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition“ verlangt hat, während Harburger[11] sie schon bei Hubertus Giphanius in dessen lecturae Altorphinae (Francof. 1605) erwähnt finden will. Jedenfalls ist letzterer ohne Anhänger geblieben, und erst durch Exners Anregung wurde die Kausatheorie zum Gegenstande wissenschaftlicher Erörterung.

Ihre Quellenmäßigkeit sowie ihre Bedeutung im gemeinen und heutigen bürgerlichen Rechte zu untersuchen, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein. Dazu ist es unerläßlich, zunächst unter Berücksichtigung der Bedeutung des Traditionsprinzips im römischen und gemeinen Rechte den Begriff des

constitutum possessorium und seine rechtliche Struktur einer Prüfung zu unterziehen und den Rechtsbegriff der causa detentionis zu präzisieren. Nach diesen grundlegenden Erörterungen und einem gedrängten geschichtlichen Überblick über die Entwicklung der Konstitutsanwendung im gemeinen Rechte bis zum 19. Jahrhundert soll sodann der Standpunkt Savignys und Puchtas kurz dargelegt und darauf im einzelnen auf die verschiedenen von Theorie und Praxis vertretenen Ansichten im modernen gemeinen und heutigen bürgerlichen Rechte eingegangen werden.

§ 2.

Der Rechtsbegriff constitutum possessorium.

Der Hauptgrund derivativen Eigentumserwerbes nach römischem und gemeinem Rechte ist die Tradition: Auf Grund des beiderseitigen Übereignungswillens vollendet sich die Übereignung durch die Besitzübertragung.[12] Nun kennt das Leben aber Fälle, in denen der Erwerber bei faktisch ausgeführter, äußerlich kundgetaner Besitzübergabe an ihn den Sachbesitz aus anderem Rechtsgrunde sogleich wieder an den Veräußerer zurückübertragen müßte, so daß das Hin- und Hergeben eine Weitläufigkeit bedeuten würde, die sich ersparen läßt, z. B. der verpfändende Schuldner gibt seine Sache an den Gläubiger hin, mietet und erhält sie demnächst aber von ihm zurück.[13] Solchem praktischen Bedürfnisse entsprechend verlangt das Recht nicht überall zum Eigentumserwerbe die sichtbare Übergabe der Sache, sondern läßt schon die Übertragung des juristischen Besitzes ausreichend sein, und dieser kann auch ohne äußerliche Kundbarkeit solo animo, durch Umwandlung bisherigen juristischen Besitzes in Detention, einem anderen erworben werden: der Fall der Tradition durch constitutum possessorium.

Geht nun auch in der Regel die Absicht außer auf den Besitzübergang zugleich auf die Eigentumsübertragung,[14][15] worin jedenfalls der Ursprung des Konstituts zu erblicken sein wird, so ist es doch zu seinem Wesen begrifflich nicht notwendig, denn dieses besteht einfach darin, daß der bisherige Besitzer

den Besitz ohne körperliche Übergabe auf einen andern überträgt,[16] indem er in Übereinstimmung mit der entsprechenden Erwerbsabsicht des Empfängers den Entschluß kundgibt, seinen eigenen Besitzwillen aus der Sache zurückzuziehen und zugleich, etwa als Mieter oder Pächter, die Detention namens des Empfängers anzutreten.[17 18]

Auch für diese Willenserklärung gelten die allgemeinen Grundsätze, sie kann also ebensogut ausdrücklich ausgesprochen wie durch konkludente Handlungen, z. B. durch ein Verhalten zur Sache, vollzogen werden[19]: constitutum expressum und constitutum tacitum.[20] Freilich reichen Worte allein niemals aus, sofern ihnen das faktische Gebaren des Tradenten nicht entspricht, denn der Besitz als magis facti quam juris wird durch bloße Worte weder verloren noch erworben, sondern nur durch Tatsachen, wenn auch nur durch sogen. innere Tatsachen (solo animo). Wohl können Worte, unter gewissen Umständen gesprochen, Symptome für den Bestand von solchen Tatsachen sein, sie können sie aber nie ersetzen.[21] Daher ist auch oben das solo animo nur cum grano salis zu verstehen und nicht etwa, wie Fitting es tut,[22] dahin auszudehnen, daß mit der Sache selbst immer gar nichts vorgehe; der Verwahrer stellt sich doch anders zu ihr als der Eigentümer, der Mieter anders als der Pfandgläubiger: die Änderung des „geistigen Herrschaftsverhältnisses“[23] wird eben meistens auch dem körperlichen ein anderes Gepräge verleihen.

So der Konstitutsbegriff in seiner rechtlich technischen Bedeutung. Unseres Erachtens eignet ihm keinerlei Wesensübereinstimmung mit den sogen. Detentionsbewegungen im Handelsverkehr durch Übertragung der Waren- und Lagerpapiere, z. B. Besitz- und Eigentumserwerb durch Konnossement, Veräußerung einer Schiffspart durch Übergabe der Papiere u. dgl., in denen eine Reihe Autoritäten, so schon Savigny[24] und später vor allem Goldschmidt („Detentionstheorie“),[25] ein Konstitut zu finden geglaubt haben. Die Fälle dieser Art bleiben in der vorliegenden Arbeit außer Betracht; sie gehen über die römische Traditionslehre hinaus,[26] denn es handelt sich bei ihnen im wesentlichen um einen „Ersatz der Besitzbewegung der Ware

selbst[27] durch eine entsprechende Zirkulation der die Zugangsmöglichkeit zu ihr gewährenden Papiere". Der Besitzübergang betreffs der Ware selbst auf den Papiererwerber gründet sich nicht auf lauter Konstitute der Vormänner, sondern nur auf eine Willenserklärung des Wareninhabers, die Ware für jeden besitzen zu wollen, auf den das Papier übergeht.[28] [29]

Nach dieser Abgrenzung des Konstitutsbegriffes soll nun seine rechtliche Natur als wichtigste Vorfrage für das Detentionskausaerfordernis untersucht werden.

§ 3.

Name und rechtliche Natur im allgemeinen.

Die römischen Quellen kennen die Bezeichnung constitutum nicht, wohl aber die Sache selbst. Der Name kommt erst am Ausgange des Mittelalters vor und ist jedenfalls auf die Ausdrucksweise der Glossatoren zurückzuführen. So äußert sich Azo einmal in den Worten „illud, quod meo nomine possideo, constituo me possidere nomine alieno",[30] und die Accursische Glosse zur l. 18 pr. D. 41, 2 besagt, unser Rechtsinstitut liege vor, „si in animo meo constituam me possidere hanc rem pro Titio".[31] Dieser Wortlaut war auch die Veranlassung zu der schon oben zurückgewiesenen Auffassung, als werde beim Konstitut der Besitzübergang einzig und allein durch die Willenserklärung bewirkt, ohne jeden Vorgang mit der Sache selbst;[32] so meint auch Dernburg[33]: „Da sich dieser Vorgang durch einen bloßen Beschluß — constituere — vollzieht, so pflegt man ihn constitutum zu nennen". Nach Harburger[34] begegnen wir der Bezeichnung „constitutum" für das jetzt darunter verstandene Rechtsinstitut zum ersten Male im 16. Jahrhundert bei Zasius und Alciatus, während der Zusatz „possessorium" von Tiraquellus hinzugefügt wurde, anscheinend als Nachbildung des Ausdruckes „constitutum debiti".[35] „Wie hiermit eine einfache Verpflichtung im Gegensatze zu den Formalobligationen", so wollte man offenbar mit constitutum possessorium „einen einfachen Eigentumsüberlassungsakt im Gegensatze zu der sichtbaren Übertragung der Sache andeuten".

Der Name ist hiernach viel zu spät entstanden, als daß er Schlüsse auf die rechtliche Natur der Sache selbst zuließe; es ist daher auf die Hauptbelegstelle in den Quellen, den Ausspruch des Celsus l. 18 pr. D. 41, 2 (de adquirenda vel amittenda possessione) zurückzugehen:

> Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Der Inhalt der lex gipfelt in den Worten „desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio"; das bedeutet nach unserer Ansicht einen Vorgang folgender Art: Verlust des Besitzes beim bisherigen Besitzer, Besitzübertragung von ihm auf den Erwerber, endlich dessen Besitzerwerb als Korrelat dazu.

Das erste (desino possidere, und zwar solo animo in dem früher angedeuteten Sinne[36]) interessiert für unsere Arbeit nicht. Dagegen erscheint uns die Auslegung des Passus „et alium possessorum ministerio meo facio" für eine befriedigende Lösung des Detentionskausaproblems von entscheidender Bedeutung. Die Auffassung dieser Worte ist verschieden: Im Zusammenhange mit der Kontroverse der Sukzession in den Besitz streitet man darüber, ob bei dem Konstitut überhaupt von Besitzübertragung und derivativem Besitzerwerbe die Rede sein könne. Die Mehrzahl der Autoritäten verneint es;[37][38] wie unten näher zu zeigen sein wird, konstruiert sie den Besitzwechsel mittels Konstituts als Ergreifung neuen Besitzes durch das Mittel eines anderen, als originären Besitzerwerb durch einen Stellvertreter, während andere, unseres Erachtens mit Recht, darin eine Zusammenziehung von Tradition und Retradition erblicken.

Durch eine Untersuchung des Besitzübertragungs- und Besitzerwerbselementes im Konstitut auf diese Streitfrage einzugehen, ist für die Behandlung unseres Themas unerläßlich.

§ 4.

Das Traditionselement im constitutum.

Das Hauptargument der Kausatheorie bildet die Behauptung, sie verhüte eine Verkehrung des Traditionsdogmas in sein Gegenteil. Sie hält also, wenn auch nur unter der Bedingung einer causa detentionis, das Konstitut für einen Fall der Tradition.

Unter Tradition versteht die herrschende Meinung Übergang des juristischen Besitzes,[39] während manche Juristen den Begriff enger fassen als nur diejenige Besitzübertragung, die den Erwerb eines dinglichen Rechtes an der Sache vermittelt. Neben Glück,[40] der in der Tradition „eine Handlung" erblickt, „wodurch der Besitz einer körperlichen Sache in der Absicht auf den andern übertragen wird, daß dieser ein dingliches Recht an der Sache erhalte", vertrat in neuerer Zeit auch besonders Exner in seinem „Rechtserwerb durch Tradition"[41] anfänglich diesen Standpunkt: „In Wahrheit entsteht der Besitz wohl immer bei der Tradition, aber niemals aus derselben; Besitzerwerb durch Tradition gibt es nicht". Demgemäß räumte Exner auch nur dem dinglichen Rechts-, insbesondere dem Eigentumserwerbe durch constitutum possessorium Existenzbefugnis ein und brachte nur für diese Auffassung Quellenbelege bei. Nur in solcher Anwendung nannte er, wie gegenüber Biermann[42] und Blatzheim[43] betont werden muß, das constitutum einen „vollkommen regelrechten Fall der Tradition".[44] Später, in seinem Gutachten zum 15. Deutschen Juristentag 1880, hat er freilich das constitutum auch als bloße „besitzbegründende Tatsache" zugelassen und eine Tradition genannt.[45]

In seiner früheren Auffassung wird er dagegen noch von Bähr[46] überboten, dem in der Juristen- wie in der Volkssprache „tradieren" entschieden „das Eigentum übertragen" bedeutet, und der das praktische Ziel des Konstituts „stets sofortigen Übergang des Eigentumes auf den Erwerber unter Verbleiben des Realbesitzes bei dem Veräußerer" sein läßt.

Ist dies nun auch zugestandenermaßen der Normalfall, so würde man den Quellen doch nicht gerecht werden, wollte man nur mit der Beschränkung auf ihn das constitutum als Tradition

bezeichnen; denn auch der Besitzer einer fremden Sache kann mit dem Eigentümer derselben paktieren, daß er von nun an als Stellvertreter des Eigentümers im Besitze (Pächter, Kommodatar usw.) die Sache behalten solle.[47] Dafür zwei Quellenbelege:

1. l. 19 pr. D. 41, 2: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero, utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit.

2. l. 21, 3 D. 41, 2: Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.

Diese beiden Stellen handeln lediglich von der Übertragung der possessio. Da sie sich aber unter die Celsinische allgemeintheoretische Konstitutsfassung (s. oben § 3) als Anwendungsfälle restlos subsumieren lassen, so macht auch schon die Übertragung der possessio schlechthin das Wesen des Konstituts aus, dieses ist also eine Art der Tradition im Sinne der herrschenden Meinung.[48]

Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Traditionsdogmas und seine Stellung im römischen Rechtssysteme erhärtet dieses Ergebnis: Faßt man nur „traditio“ nicht gerade als „reale Übertragung der Herrschaft über die Sache“[49] auf, so braucht man zur Vermeidung von Ungereimtheiten gegenüber dem Konstitute die Traditionslehre gar nicht zur „spekulativen Verirrung“ oder „reinen Illusion“[50] zu stempeln oder mit Bähr[51] das die Traditionsregel enthaltende Diokletianische Reskript vom Jahre 293 n. Chr. (l. 20 C. 2, 3) als wertlos abzutun, weil es einen „abstrakten Satz“ ausspreche, über dessen „praktische Bedeutung man nichts erfahre“, während eine Reihe spezieller Fälle „klar sein Gegenteil“ ergäbe. Das Reskript lautet:

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Auffälligerweise zitiert man die Worte „... et usucapionibus“ oft gar nicht mit oder läßt sie doch bei Auslegung der Stelle unberücksichtigt. Und doch sind sie ein integrierender Bestandteil derselben: In den Kindheitsjahren des römischen Rechts,[52]

als nur an res mancipi und nur in Form der mancipatio und in iure cessio dominium ex iure Quiritium erworben wurde, konnte der Staat das durch natürliche Übergabe erlangte in bonis habere solcher res mancipi als quiritisches Eigentum erst anerkennen, wenn es sich durch usucapio befestigt hatte. Dies ist die eigentliche Bedeutung der Quellenstelle. — Die justinianische Gesetzgebung schaffte dann die obsolete mancipatio und den Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentume ab unter Ausdehnung der Usukapion auf alle Sachen. Andererseits fand die alte, auf ganz andere Verhältnisse gemünzte Rechtsregel Aufnahme in den Kodex und gewann dadurch, ihrem ursprünglichen, den Begriffen nur des altrömischen Zivilrechts Rechnung tragenden Wesen entgegen, die „Bedeutung eines allgemeinen Kanon“,[53] dem nun in dem fortgeschrittenen römischen Zivilrechte eine Reihe rein konsensueller Veräußerungen Hohn zu sprechen schienen, allen voran die Konstitutslehre des Celsus.

Daß man damit die römische Traditionslehre „zersetzt“ habe, wollen wir Kohler[54] gern zugeben; daß jedoch keineswegs, wie Kohler meint, „das Traditionssystem durch das Vertragssystem verdrängt“ wurde, wenigstens in der Theorie nicht, das beweisen uns die Digestentitel de adquirendo rerum dominio und de adquirenda vel amittenda possessione, in denen die Römer ihren ganzen Scharfsinn aufbieten, um alle jene mannigfaltigen Übertragungsformen der Traditionsmaxime unterzuordnen: so hoch stand ihnen das Dogma, so ganz und gar hatte sich aber auch der Traditionsbegriff zum bloßen „Traditionskonsens“ verflüchtigt!

Man erzeigt daher den Quellen nur alle Ehre, wenn man das Konstitut als einen Fall der Tradition begreift.

§ 5.

Das Element des Besitzerwerbes im constitutum.

Der größte Teil sämtlicher vorsavignyschen Juristen faßte die zum Besitzerwerbe notwendige Apprehension rein wörtlich

auf: Der Akzipient mußte das Mobile mit der Hand berühren, das Grundstück betreten.[55] Wo dieser Vorgang fehlte und das Gesetz trotzdem die Traditionswirkungen eintreten ließ, wie z. B. auch beim constitutum possessorium, half man sich mit einer apprehensio bezw. traditio ficta.[56] Aber „eine Fiktion muß, wenn sie das Gesetz zuläßt, möglichst eng interpretiert werden".[57] Daher begnügte man sich nicht damit, das Konstitut auf die im corpus iuris vorkommenden Fälle zu beschränken, sondern stellte auch noch eine Reihe bestimmter, meist rein willkürlicher Erfordernisse dafür auf, die hier aber übergangen werden können.

Diese „Fiktionstheorie" ersetzte Savigny durch die „Stellvertretungstheorie". In seinem „Recht des Besitzes" führt er die besitzübertragende Kraft des constitutum possessorium auf die allgemeinen Grundsätze vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter zurück,[58] indem er folgendermaßen argumentiert[59]: „Wer überhaupt durch seine Handlungen einem andern den Besitz zu erwerben imstande ist, kann dieses natürlich um deswillen nicht weniger, weil etwa er, der Repräsentant, bis auf diesen Augenblick den Besitz der Sache gehabt hat". Der Besitzerwerb vollzieht sich dann „ohne alles körperliche Handeln auf die Sache". „Da die Apprehension schon früher vorgenommen ist, so braucht sie jetzt nicht wiederholt zu werden." Es verwandelt sich „durch bloßes Wollen der Besitz in Detention, und das Recht des Besitzes selbst wird unmittelbar auf eine andere Person übertragen".

Savigny hält dies für so selbstverständlich, daß er die Behauptung wagt, auch ohne positive Quellenbelege müßte man ein Konstitut im römischen Rechte annehmen.

So selbstverständlich ist diese Auffassung nun freilich nicht, sondern sie setzt, wie Behrend[60] mit Recht betont, eine hochgradige juristische Abstraktion voraus. Aber logisch ist sie vollkommen korrekt; sie hat daher großen Anklang gefunden und sich bis heute als herrschende Meinung erhalten. Noch in neuester Zeit ist wieder Kohler[61] energisch für sie eingetreten. Auch er nimmt Celsus mit seinem Gesichtspunkte „alium possessorem ministerio meo facio" und „procurator alienae possessioni praestat ministerium" beim Wort: „Die Tat des Celsus bestand

zunächst darin, daß er den Tradenten als Stellvertreter des Erwerbers zuließ", ferner in dem „Kunstgriffe", daß das „fortdauernde Besitzfaktum eine erneute Besitzergreifung überflüssig" machen sollte.

Nach Kohler vollzieht sich der Konstitutsvertrag demgemäß mittels „wörtlicher Willenserklärung", und zwar „im Dreitakte": „1. der Tradent erklärt dem Erwerber: ich stimme zu, daß der Erwerber Besitz ergreift; 2. der Erwerber erklärt dem Tradenten: ich gebe dem Tradenten Vollmacht, den Besitz in meinem Namen als Stellvertreter zu erwerben; 3. der Tradent erklärt: ich ergreife den Besitz als Stellvertreter im Namen des Erwerbers".

Bei aller logischen Unantastbarkeit dieser Konstitutskonstruktion möchten wir ihre Quellenmäßigkeit doch stark bezweifeln.

Man will dies alles aus dem oben (§ 3) vorgebrachten Ausspruche des Celsus herauslesen, besonders deshalb, weil er sich des Wortes „procurator" bedient. So meint z. B. auch Biermann[62]: Daß das Konstitut eine Form des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter sei, das sage schon „die Bezeichnung des bisherigen Besitzers als procurator". — Uns will scheinen daß diese Auslegung sich doch sehr auf der Oberfläche bewege. Müssen denn die Worte „alium possessorem ministerio meo facio" gerade stellvertretenden Besitzerwerb bedeuten? Wozu dann noch die Rechtfertigung „nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere"?

In der umfassendsten Tragweite, die ihr, wenngleich nicht die communis opinio, so doch zahlreiche Juristen, darunter auch Jhering zuschreiben, bedeutet die Regel „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest", daß „jede Veränderung des Charakters des Besitzes und der Detention einer fremden Sache durch den Willen des Besitzenden, insbesondere die Unterschiebung irgendeines anderen Besitztitels" ausgeschlossen sei, und daß „die rechtliche Bedeutung des Besitzes lediglich durch objektive Momente und nicht durch die Willensrichtung des Besitzers bestimmt werde".[63] Wenn nun Celsus trotzdem in seinem oben (§ 3) zitierten Ausspruche auf diese Regel Bezug nimmt, so kann

es nur deshalb geschehen, „weil derselbe körperliche Besitz ununterbrochen mit veränderter causa fortgesetzt wird“.[64] Das ist aber unbedenklich, denn gerade die possessio i. e. S., der juristische Besitz, wird nicht fortgesetzt, sondern endigt, es bleibt nur das ministerium praestare. Ministerium an sich bedeutet nur irgendeine Hilfeleistung, hier, wie der Zusammenhang zeigt, die fernere Ausübung der Detention: possum alieno nomine possidere; detentionsweise Stellvertretung in der Fortsetzung des juristischen Besitzes ist es also, was die Quellenstelle erörtert: procurator alienae possessioni praestat ministerium. „Ein stellvertretender Erwerb des juristischen Besitzes von sich selbst für den andern“ muß in die Worte des Celsus erst „hineingelegt werden“.[65]

Dieses Ergebnis deckt sich mit dem Zwecke des Konstituts: Tradition und Retradition sollen tatsächlich erspart werden. Würde man beide faktisch vornehmen, so erlangte der Erwerber durch jene juristischen Besitz, der Alienant durch die Retradition jedoch nur Detention, erwürbe aber nicht als Stellvertreter dem Konstitutar juristischen Besitz, den dieser ja bereits hätte.[66]

Die Gegner wenden nun ein, diese Konstruktion setze sich in Widerspruch mit der Konstitutsanwendung in l. 77 D. 6, 1 (de rei vindicatione), wo es also heißt:

> Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit veluti per colonam.

Hier werde ausdrücklich gesagt, der Beschenkte habe den Grundstücksbesitz durch die Schenkerin, per ipsam, erworben, aber nicht ab ipsa. — Mit Recht weist nun Scheurl[67] darauf hin, daß beim constitutum, ebenso wie bei der Besitzübertragung überhaupt, der Empfänger den Besitz „zugleich von dem Tradenten und durch ihn“ erwerbe, „d. h. durch seine Hilfeleistung zum Erwerbe, bestehend in dem Zurückweichen aus dem Besitze, damit der andere in denselben eintreten könne“. Außerdem sei doch „der Pächter als solcher nicht Stellvertreter im Erwerbe, sondern in der Fortsetzung des Besitzes“, ergo habe der Beschenkte hier den Grundstücksbesitz von der

Schenkerin erworben „durch ihre Fortsetzung des Besitzes in der Eigenschaft als Pächterin“.[68]

Damit ist der angebliche Widerspruch gelöst und das „per ipsam“ unseres Erachtens überzeugend genug[69] erklärt.

In gleicher Weise lehnen hier Jhering und Schloßmann die Stellvertretung im Besitze ab. Generell, daher auch hier, leugnet in neuester Zeit Müller-Erzbach[70] auf das entschiedenste die Möglichkeit, die Stellvertretungsidee auf den Besitzerwerb anzuwenden. Jhering[71] erklärt freilich, Celsus „nehme den an sich möglichen Gesichtspunkt des Besitzerwerbes durch Stellvertreter zu Hilfe“, aber das sei „ein mißlungener Konstruktionsversuch“,[72] der durch die römische Praxis seine Widerlegung finde, „weil ja bei der donatio omnium bonorum“, wo er sicher am Platze gewesen wäre, „die traditiones factae noch besonders erwähnt“ würden.[73] — Schloßmann[74] hält es mit dem Satze „per liberam personam adquiri non posse“ für durchaus vereinbar, „die Elemente der Tradition auch in solchen Vorgängen zu finden, welche ein reelles körperliches Hingeben nicht enthalten“; für das constitutum possessorium komme diese Parömie aber gar nicht in Betracht, denn dabei handele es sich nicht um ein „adquirere possessionem per aliquem“, sondern „vielmehr um adquirere ab aliquo“: also direkter derivativer Besitzerwerb vom Veräußerer, nicht originärer Besitzerwerb durch einen Stellvertreter.[75]

Wie gezeigt, entspricht nur diese Konstitutskonstruktion den Quellen, und nur mit ihr läßt sich eine befriedigende Lösung der Kausafrage erreichen.

Es bleibt noch der Begriff der causa detentionis zu fixieren.

§ 6.

Der Rechtsbegriff causa detentionis.

Der Name stammt von Exner, der für das moderne gemeine Recht als erster das Vorhandensein einer solchen causa zur Gültigkeit des Konstituts verlangte. Die Bezeichnung causa detentionis (bisweilen auch causa detinendi oder causa retinendi

genannt) an sich läßt keinen sicheren Schluß darauf zu, was man unter diesem Begriffe zu verstehen hat und was speziell Exner darunter versteht. Hielte man sich nur an den Namen causa detentionis und dächte sich dabei unter causa einen Rechtsgrund, so müßte man notwendig mit Kohler[76] in der Exnerschen causa etwas Selbstverständliches erblicken; eine objektive rechtliche causa liegt als begriffliches Erfordernis schon in der Natur der Detention.[77] Und weiter: Naturgemäß kommt doch dem Erwerber der „Realbesitz" der Sache zu; bleibt letzterer aber ausnahmsweise beim Veräußerer, „so muß dies unter vernünftigen Menschen notwendig einen Grund haben";[78] ein diesbezügliches Rechtsgeschäft ist also schon ein psychologisches Postulat.

Für Exner kommen aber andere Erwägungen hinzu. Er meint, beim constitutum possessorium liege der Verdacht nahe, daß die Parteien die Tradition umgehen und durch nackte Worte (nudo pacto) erreichen wollten, „was von Rechts wegen nur durch tatsächlichen Besitzwechsel erreicht werden soll". Da erscheine denn ein „Zurückgehen auf die umliegenden Verhältnisse" geboten, „welche allein aufklären könnten, ob der angebliche Konstituent wirklich für den andern detiniere, indem sie aufklärten, warum er es tue".[79] Es müsse eine „bestimmte causa" vorliegen, „auf Grund deren die Detention der tradierten Sache vorerst noch beim Geber (z. B. als Mieter, Depositar, Usuar, Pfandgläubiger, Prekaristen usw.) zurückbleibe"[80]: die „causa detentionis".

Der 15. Deutsche Juristentag 1880 schloß sich den Exnerschen Ausführungen an und formulierte unter Betonung der ersparten Tradition und Retradition die causa detentionis als „ein Rechtsverhältnis, welches den Veräußerer zur Wiederübernahme der Gewahrsam an der veräußerten Sache berechtigt oder verpflichtet".[81]

Aus diesen Definitionen folgt dreierlei:

1. Zunächst verlangt man ein „bestimmtes" Rechtsverhältnis; es muß insofern objektiv vorliegen, als die Parteien ein und dasselbe zu beabsichtigen haben und ihre Meinungen darüber nicht divergieren dürfen. Es würde nicht genügen, wenn der

Konstituent die Sache noch leihweise behalten möchte, während der Konstitutar ihn als seinen Mieter betrachtete.

2. Vom Standpunkte der auch von Exner akzeptierten „Stellvertretungstheorie“ — womit fortan diejenige Auffassung kurz bezeichnet werden soll, die in dem Besitzwechsel durch Konstitut einen Besitzerwerb durch Stellvertreter findet — ist die Bezeichnung „causa“ irreleitend. Natürlich muß zum Besitzerwerbe durch Stellvertreter „ein persönliches Verhältnis zwischen Erwerber und Vertreter“, eine sogen. causa repraesentationis bestehen, „in welcher sich der animus domini des ersteren ausspricht, kurz ein Auftrag zum Besitzerwerbe“,[82] „damit der Apprehendierende eben als Stellvertreter handele“.[83] Dieses Rechtsverhältnis ist aber nicht die Exnersche causa detentionis. Liegt es vor, dann genügt die bloße Ergreifung bezw. Erklärung seitens des Konstituenten und dem Konstitutar ist der Besitz erworben. Was die Besitzänderung bewirkt, ist nach der „Stellvertretungstheorie“ also gar nicht die „causa detentionis“; diese bildet nicht das Agens, ist keine causa efficiens, sondern bedeutet hier nur soviel als das die Beziehung zwischen dem Konstitutar und seinem Detentor regelnde Rechtsverhältnis.[84] Das Wort causa trifft also die Sache nicht.

3. Endlich könnte auch das „detentionis“ Mißverständnisse aufkommen lassen. Wir sind gewohnt, die Detention dem juristischen Besitze gegenüberzustellen und darunter das „Äußerliche des Besitzes“, das bloße „corpus des Besitzes“ ohne den animus domini zu begreifen. Exner faßt den Begriff, jedenfalls für die „causa detentionis“, viel weiter, denn er läßt die „Detention“ vorerst noch „beim Geber“ verbleiben, z. B. als beim „Mieter, Depositar, Usuar, ja Pfandgläubiger, Prekaristen usw.“ Zu diesem weiteren Detentionsbegriffe zählen also auch Fälle des juristischen Besitzes (so Pfandgläubiger und Prekarist). Selbstredend wird das nur für den Eigentumserwerb durch constitutum possessorium von Bedeutung, nicht für das bloße Besitzkonstitut. — Ist jemand schon Detentor, etwa Kommodatar, und behält die Sache darauf als Faustpfand, oder war er bislang Pfandgläubiger und behält sie nun als Prekarist, so liegt überhaupt kein Konstitut vor. Wenn hingegen

der Konstituent die Sache z. B. noch zu Prekarium oder als ein von dem Konstitutar ihm gegebenes Faustpfand weiter behält (fernerer juristischer Besitz des Konstituenten), so besteht ein wirksames Konstitut, sowohl rein logisch betrachtet wie auch in Übereinstimmung mit den Quellen; vgl l. 22 pr. D. 43, 26 (de precario):

> Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere.

Also auch in solcher Anwendung verstößt das Konstitut nicht gegen die Regel „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest", denn der bisherige juristische Besitzer gibt seinen alten juristischen Besitz auf und „tritt in einen neuen ein, der hinsichtlich der Eigentumsausübung Besitz in fremdem Namen ist".[85]

Nach alledem ist es nicht Detention im Gegensatze zum juristischen Besitze, sondern, um uns Jheringscher Ausdrücke zu bedienen, „Realbesitz" gegenüber einem „Idealbesitze", was das Wesen der detentio in der Exnerschen „causa detentionis" ausmacht.

Die causa detentionis im gemeinen Rechte.

§ 7.

I. Die Entwicklung der Konstitutsanwendung hinsichtlich einer causa detentionis im gemeinen Rechte bis auf Savigny.[86]

In dem historischen Entwicklungsgange sind verschiedene Konstitutsfälle zu unterscheiden: Einmal ist der Gegensatz zwischen constitutum tacitum und expressum (s. oben § 2) be-

achtlich. Die konkludenten Handlungen, in denen beim constitutum tacitum die entscheidende Willenskundgebung des Veräußerers hervortritt, können auch die causa detentionis erkennen lassen. Gelangt sie in diesen Handlungen nicht zur Erscheinung, so liegt zugleich ein abstraktes Konstitut vor im Gegensatze zum konkreten, bei dem jenes der Fall wäre. Andererseits kann auch beim constitutum expressum die ausdrückliche Willenserklärung des Konstituenten ebensogut abstrakt gehalten sein („constituo me tuo nomine possidere") wie eine konkrete causa detentionis (Pacht, Miete usw.) involvieren.

Das konkrete, aber nicht gerade ausdrückliche Konstitut ist es demnach, was Exner für das moderne gemeine Recht verlangt.

Die älteren Romanisten schwankten. Der Glossatoren Bedeutung auf dem Gebiete der Konstitutslehre und ihr Einfluß auf die bezügliche Praxis liegen darin, daß sie das abstrakte Konstitut einführten,[87] selbst ohne eine bestimmte Form desselben, insbesondere ohne den Gebrauch des Wortes constituere zu verlangen.[88] Die Anwendungsfälle des Instituts waren noch beschränkt, die Zahl der causae detentionis betrug nur vier: Pachtung und precario rogare der eigenen Sache, usus fructus retentio und Vermögensvereinigung bei Eingehung der societas omnium bonorum.[89] Auch die Schriftsteller der Übergangsperiode zur Postglossatorenzeit legten kein Gewicht auf die Betonung der causa, beanspruchten dafür jedoch, daß ein rechtsgültiges Konstitut sich in bestimmter wörtlicher Erklärung zu vollziehen habe.[90]

Bei den Postglossatoren finden sich beide Arten des constitutum, mit und ohne hervortretende causa detentionis, letzteres, das sie constitutum simplex nannten, aber nur in Form einer ausdrücklichen wörtlichen Erklärung.[91] Die Anwendungsfälle blieben dieselben[92] und erfuhren erst durch die Theorie der Renaissance eine Vermehrung, indem Vorbehalt der Emphyteuse, des Faustpfandes, Depositums, Kommodats u. ä. hinzutraten.[93] Auch hier blieb die Zweiteilung in konkretes und abstraktes Konstitut bestehen,[94] die der usus modernus unverändert übernahm.[95] Das Rechtsgebilde des constitutum simplex war, zumal

da man dem ganzen Institute jetzt nur noch akzessorische Natur zugestand,[96] zur leeren Formel herabgesunken, bei der auf den Willen nichts mehr ankam; in der Praxis war das „körperliche Moment der Tradition“ noch mehr „verblaßt als in der gleichzeitigen Theorie“[97] und das Erfordernis der causa detentionis im Exnerschen Sinne gänzlich in desuitudinem geraten.

Solches Fazit kann wohl nicht befremden, wenn man sich der „Fiktions“- und der „Stellvertretungstheorie“ erinnert (s. oben § 5), welch letztere schon seit Azo in ihren ersten Ansätzen vorkommt, ohne aber jemals feste wissenschaftliche Begründung zu erfahren.

Dieser Schritt blieb Savigny vorbehalten. Indem nun der Gesichtspunkt der Stellvertretung im Besitzerwerbe in den Vordergrund trat, mußte der Gegensatz von constitutum tacitum und expressum notwendig seine Bedeutung einbüßen.

In seine Stelle rückte der Streit über das Kausaerfordernis ein.

II. Die causa detentionis im gemeinen Rechte seit Savigny.

A. Die Anhänger der „Stellvertretungstheorie“.

1. Die Gegner der Kausatheorie.

§ 8.

Savigny und Puchta.

Savigny und in unmittelbarem Anschlusse an ihn Puchta betrachten das constitutum possessorium nicht als eine Singularität, sondern als einen ganz gewöhnlichen Anwendungsfall des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter (s. oben § 5). Da dieser aber schon das corpus habe, so bedürfe es einer besonderen Apprehension nicht mehr, vielmehr genüge, daß in Übereinstimmung mit dem entsprechenden Erwerbswillen auf seiten des dominus negotii der Repräsentant „von sich selbst im Namen des Erwerbers den Besitz übernehme“[98] durch die Erklärung,

„nur noch fremden Besitz verwalten zu wollen“.[99] Wie solches erklärt werde, sei einerlei. Savigny selbst sagt darüber: „Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, so hat die Sache keinen Zweifel“, d. h. so besteht ein rechtsgültiges Konstitut. Sonst sei ein constitutum nicht anzunehmen, „außer insofern es als Folge anderer Handlungen betrachtet werden müsse“. Solche auf den Besitzerwerbswillen hindeutende Handlungen seien beispielsweise die in den Quellen vorkommenden speziellen Fälle, so die Pacht der brieflich geschenkten Sache von seiten des Schenkers.

Nach dieser Theorie, für die die begleitenden tatsächlichen und rechtlichen Vorgänge nur bei dem Fehlen einer ausdrücklichen Willenserklärung des Konstituenten als Substrat für Schlußfolgerungen auf seinen Willen in Betracht kommen sollen, genügt mithin die (natürlich ernstlich gemeinte) Erklärung des Repräsentanten, er wolle fortan nur noch detinieren, und dem Vertretenen ist der Besitz erworben, ohne daß eine „causa detentionis“ grundsätzlich erforderlich würde. Das gebietet einfach die Logik, und auch aus Savignys Worten ist, obschon er es nicht besonders hervorhebt, zu entnehmen, er sehe obigen „abstrakten Vertrag“,[100] obige abstrakte Willenseinigung zwischen Repräsentanten und Geschäftsherrn als ausreichend und eine „bestimmte causa für das Verbleiben der Sache in dem Gewahrsam des Veräußerers nicht als notwendig“ an. Dieses Verbleiben der Sache bildet eben eine Erscheinung für sich, die dem Besitzerwerbe durch den Stellvertreter zeitlich nachfolgt und an sich nichts mit ihm zu schaffen hat.

Ist nun aber die bloße Erklärung, einerlei ob stillschweigend oder expressis verbis, das Ausschlaggebende, so erscheint es wiederum nur folgerichtig, daß auch die „bloße Abrede genüge, die Übergabe solle als erfolgt angesehen werden“.[101] Diese Konsequenz zog aber weder Savigny noch Puchta, sondern als erster Hauser, dem Goldschmidt und andere gefolgt sind.

§ 9.

Hauser, Kroschel, Goldschmidt, Thöl, Dernburg, Biermann und Bähr.

Hauser[102] geht davon aus, daß die Quellenbeispiele keineswegs die einzigen Anwendungsfälle des Konstituts bildeten, vielmehr könnten die Gründe der „stellvertretungsmäßigen Inhabung auf seiten des bisherigen Besitzers die verschiedenartigsten" sein, also auch z. B. Kommodat, Depositum, Geschäftsführung u. dgl. mehr. Dabei sieht er über alle tatsächlichen Begleiterscheinungen hinweg und stellt alles auf den übereinstimmenden Besitzzessionswillen ab. „Wenn die Meinung der Beteiligten, daß die Besitzabtretung nunmehr geschehen sein solle, feststehe, während der Besitzabtretende die Sache vorläufig noch behalte, liege immer ein genügender Grund der Inhabung vor, wäre es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Auslieferung."

Fast wie Sarkasmus klingt es, wenn Hauser hinzufügt, damit sei auch dem Exnerschen Kausapostulate entsprochen. Sicherlich kommen hierbei die Tatsachen zu schlecht weg, während das Wort „triumphiert" (Exner). Daher sah sich auch z. B. Kroschel veranlaßt, das faktische Moment zu unterstreichen, indem er als „wichtigste Voraussetzung" des stellvertretungsweisen Besitzerwerbes hervorhob,[103] „der Veräußerer müsse sich tatsächlich als Stellvertreter des Erwerbers gerieren, er müsse durch sein Verhalten an den Tag legen, daß er die Sache nicht mehr als eigene, sondern als fremde besitze", daß er seinen bisherigen Eigenbesitz „in Stellvertretungsbesitz umgewandelt" habe.

Hier verwechselt man Besitzerwerb mit Besitz- bezw. Detentionsfortsetzung, causa detentionis mit causa repraesentationis (vgl. oben § 6 sub 2); nur letztere ist hier notwendig.

Hauser steht mit seiner Meinung, deren Konsequenzen selbst bei der von Kroschel gewollten Einschränkung praktisch nichts weniger als ersprießlich erscheinen müssen, nicht allein. Auch Goldschmidt, der der Meinung ist, daß man schon in der späteren römischen Kaiserzeit einen nicht unbedenklichen Ge-

brauch von dem Besitzkonstitute gemacht habe,[104] und der wegen der Möglichkeit fraudulöser Manipulationen zur größten Vorsicht bei der Annahme eines Konstituts ermahnt — auch er verlangt bloße Willensübereinstimmung, die „in der vom Erwerber angenommenen Erklärung des Veräußerers, daß hiermit tradiert sein solle, enthalten sei“;[105] eine rechtsgültige oder „auch nur erklärte causa“ brauche der Wille zu seiner Wirksamkeit nicht.[106] Sofern nur der bisherige Besitzer Mittelsperson für den Erwerb des anderen ernstlich sein solle und wolle, gelte das Besitzkorpus der Mittelsperson als corpus des anderen für Erwerb und Fortsetzung des Besitzes. Dies erscheine als notwendige Folge der Anwendung der Rechtssätze über die Stellvertretung auf die normale römische Besitzlehre. Daher sei das Konstitut auch kein mirabile mundi, keine Fiktion, keine singuläre Erscheinung, werde auch in den Quellen nirgends als solche angedeutet, und es liege kein Grund vor, die Besitzlehre hier durch Einmischung des Kausalverhältnisses zu entstellen.[107]

Ebenso ist Thöl,[108] um ein constitutum anzuerkennen, zufrieden mit der vom Erwerber „angenommenen Erklärung des Konstituenten, es solle hiermit tradiert sein“. Wenn man sich aber nur an solcher formalisierten Äußerung gelegen sein und, wie Goldschmidt es tut, die „bloße, wenngleich beiderseitige Anerkennung der geschehenen Tradition“ nur als „Beweismittel, nicht als Willenserklärung“ gelten läßt, so läuft das im Ergebnis auf einen puren Wortkultus hinaus.

Des weiteren lehnt auch Dernburg das Verlangen nach einer causa detentionis ab und tritt im Gegensatze zu der ersten Ausgabe seiner Pandekten in deren späteren Auflagen der häufigen Behauptung entgegen,[109] „daß in der Erklärung, man tradiere oder übereigne eine Sache, ein constitutum possessorium nicht liege“. Diese Behauptung stütze sich auf die l. 48 D. 41, 2, die man aber unrichtig verallgemeinere.

Dort heißt es:

> Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per ser-

vum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

Hier wird nun zwar erst mittels des Sklaven, nicht schon durch die bloße Erklärung „se tradidisse" Besitz erworben, aber nicht etwa mangels einer causa detentionis, sondern weil, wie bereits Savigny und später wieder Hauser richtig betonte, ohne weiteres in der Stelle überhaupt kein Konstitut erblickt werden kann. Seit wann bedeutet denn tradidisse „ich will von jetzt ab für dich besitzen"?[110] Tradidisse heißt nur, ich habe hiermit übergeben, habe das meinerseits zur Besitzübertragung Erforderliche getan, ich habe „meinen Besitzwillen aus der Sache zurückgezogen".[111] Es ist in der Tat abwegig, aus dieser Quellenstelle, die an sich mit der Konstitutslehre gar keinen Zusammenhang hat, sondern nur von der eigentlichen Tradition und der Art ihres Vollzuges handelt, den Grundsatz herzuleiten, für ein rechtsgültiges Konstitut genüge die bloße Traditionserklärung nicht.

Dernburg läßt bei der Auslegung dieser Erklärung und dem Forschen nach dem etwaigen Vorliegen eines Konstituts die Absicht der Parteien entscheiden, die bei gleicher Form der Erklärung je nach Lage des Falles doch sehr Verschiedenes gewollt haben könnten. „Erkläre man z. B. ein Grundstück zu tradieren, so sei darin in der Regel nicht zugleich die Erklärung zu finden, daß man es fortan als Vertreter für den andern Teil besitze; so die zitierte l. 48 D. 41, 2. Wer aber z. B. Staatspapiere verkaufe und dem Käufer, ohne sie zu überschicken, schreibe, sie seien ihm übergeben, der besitze sie fortan offenbar für den Käufer durch constitutum possessorium."[112] Im Gegensatz zu Goldschmidt legt also Dernburg nicht so sehr auf die Form der Traditionserklärung Wert als auf ihren absichtsgemäßen Inhalt. Andererseits genügt ihm aber schon der erwiesene beiderseitige Wille, um bei fortgesetzter Inhabung des Tradenten den erwerbenden Teil zum Besitzer zu machen. Subjektiv müsse dieser Wille natürlich einen Grund haben, aber Hervorhebung der causa detentionis oder gar objektive Gültigkeit des betreffenden Rechtsverhältnisses verlangt Dernburg als Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Konstituts nicht.[113] Dem Zwecke, Scheingeschäfte zu verhüten, diene die causa de-

tentionis ohnehin nur mangelhaft, denn sie lasse sich ebenso leicht simulieren wie der Besitzübergang selbst.[114]

In den bisherigen Ausführungen ist des öfteren auch Biermanns Gegnerschaft gegen die Kausatheorie berührt worden. Nach gründlicher Auseinandersetzung mit ihren Anhängern[115] spricht er, seinem Standpunkte in der ganzen Konstitutslehre gemäß, von der „heutzutage leider verbreiteten Theorie von der causa detentionis“,[116] neben welcher jedoch als Prinzip des geltenden gemeinen Zivilrechts „Besitzübergang durch bloße akzeptierte Traditionserklärung“[117] zu gelten habe.

Endlich ist noch Bähr zu nennen, der „den beiderseits ausgesprochenen Willen“ über die Zurückbehaltung der Detention entscheiden läßt und den „Grund der Besitzbelassung“[118] für gleichgültig hält, weil er naturnotwendig sei und einer diesbezüglichen Irrung der Parteien kein Einfluß auf jenen Willen zugeschrieben werden könne. Bähr spielt dann noch auf die gemeinrechtliche cautio indiscreta an und meint, wenn man beim Konstitut im Interesse der Rechtswirkung auch unter den Kontrahenten selbst, nicht bloß Dritten gegenüber, eine causa detentionis verlange,[119] so sei das „derselbe Irrtum, welcher annehme, daß, wenn ein Schuldschein keine Angabe des Schuldgrundes enthalte, möglicherweise die Beteiligten gar nicht gewußt hätten, weshalb sie ihn ausstellten“.[120]

§ 10.

Zusammenfassende Kritik der dargelegten Ansichten.

Bei kleinen Abweichungen im einzelnen stimmen die bisher genannten Schriftsteller mit ihren Meinungen darin überein, daß sie alle unter Ablehnung des Kausaerfordernisses den bloßen, mehr oder minder deutlich erklärten oder erkennbaren Besitzänderungs- bezw. Besitzerwerbswillen der Parteien zur Annahme eines rechtsgültigen Konstituts ausreichend finden. — Das praktisch Mißliche dieses Ergebnisses liegt zutage: wegen der den Parteien gebotenen Möglichkeit, die Erklärungen des Gewollten in reinen Formalismus ausarten zu lassen, trägt die „Traditions-

klausel", die ja im Zweifel zugunsten der Annahme eines Konstituts den Ausschlag geben soll, in das Verkehrsleben und seine rechtliche Behandlung eine nicht zu unterschätzende Unsicherheit hinein.

Man hat aber den abstrakten Konstitutstheorien ferner zum Vorwurfe gemacht, sie führten „unfehlbar zur fakultativen Beseitigung der Tradition",[121] sofern sie nicht überhaupt die Traditionsmaxime aus dem Rechte eliminierten. Auch das Reichsgericht gelangt in Bd. 5 S. 181 der Entscheidungen in Zivilsachen (1882) aus dem nämlichen Grunde zu der Forderung einer causa detentionis. Es verwirft die „Stellvertretungstheorie", aber nicht aus Erwägungen, wie wir ihnen früher (§ 5) Raum gegeben haben, sondern weil „diese Auffassung dahin führe, daß die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergange und also zum Eigentumserwerbe ausreiche, während die Regel des römischen Rechts doch der Rechtssatz bilde, daß Willenserklärungen allein zum Eigentumserwerbe nicht genügen, sondern daß Besitzübertragung hinzutreten müsse".[122] Dies wird dann mit dem Reskript „traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" und mit der l. 48 D. 41, 2 belegt, die das „se tradidisse" betrifft (vgl. oben § 9).

In der Tat können sich beim abstrakten Konstitut, wo das Wort regiert, der richterlichen Feststellung des wirklichen Parteiwillens ernstliche Schwierigkeiten entgegenstellen, und vom Standpunkte des Praktikers mag deshalb obigem Einwande nicht alle Berechtigung abzusprechen sein; allein die Doktrin muß ihn zurückweisen: Daß die Tatsachen mit dem Erklärten nicht in Widerspruch stehen dürfen (vgl. oben § 2), ist selbstredend auch die Meinung der „Stellvertretungstheoretiker", denn andernfalls handelt es sich nur um eine rechtlich bedeutungslose Simulation. Im ernstlich gewollten Konstitut ist aber richtiger Ansicht nach allemal das Element der Tradition enthalten, wie wir früher bei der Analyse des Konstitutsbegriffes im Zusammenhange mit der Würdigung des Traditionsdogmas (oben § 4) des näheren ausgeführt haben. Damals wurde gezeigt, was von einer restriktiven Auslegung des Traditionsbegriffes und von der Repräsentationskonstruktion des constitutum zu halten sei (oben

§§ 4 u. 5). Der Fehler der abstrakten Konstitutstheorien liegt also in ihrem Ausgangspunkte, in der unrichtigen und quellenwidrigen Auffassung des Konstitutscharakters. Von solchen verkehrten Voraussetzungen gelangen die „Stellvertretungstheoretiker" durch richtige Schlüsse zu unrichtigem Ergebnisse.

§ 11.

Randa.

Eine Abwehr der radikalen, aber richtigen Konsequenzen, die die bisher erwähnten Schriftsteller aus der Repräsentationskonstruktion des Konstituts ziehen, glaubt Randa, der sich ebenfalls zu den „Stellvertretungstheoretikern" zählt, gefunden zu haben. Er bezeichnet zwar noch in der dritten Auflage seines „Besitzes nach österreichischem Rechte . . . 1879" die Exnersche Ansicht direkt als „unrichtig",[123] tatsächlich aber vermittelt er doch zwischen den Gegnern und Anhängern der Kausatheorie; in der vierten Auflage seiner genannten Monographie (1895) schwächt er denn auch sein Urteil über Exner dahin ab, daß er die Kausaforderung „nur mit Einschränkung für richtig"[124] halten könne. In Wahrheit unterscheidet er sich von ihm überhaupt nur in der Theorie.

Randa stimmt mit Dernburg darin überein, daß für den erzielten Erfolg ausschließlich die Absicht der Parteien maßgebend sei: also Betonung des faktischen Elementes. Wie auch Kroschel[125] verlangt er, daß man Tatsachen, die neben der allein nicht ausreichenden Erklärung angeführt würden, zum Gegenstande der Beweiserhebung mache. In jedem einzelnen Falle müsse man prüfen, ob auch neben der nackten Erklärung, „daß hiermit tradiert sei oder sein solle", ein „auf Detention alieno nomine gerichtetes Rechtsverhältnis"[126] absichtsgemäß vorhanden sei. Ohne Angabe einer solchen „causa im subjektiven Sinne" sei der ernstliche Parteiwille, daß der bisherige Besitzer wirklich namens des Erwerbers detiniere, gar nicht ersichtlich;[127] denn wenn auch der Detentionswille des Konstituenten ohne ein diesbezügliches, sei es auch nur ver-

meintliches Rechtsgeschäft gar nicht gedacht werden könne, so genüge doch die Traditionserklärung für sich allein nicht, um jenen Willen erkennbar zu machen. Im Gegenteil enthalte diese Erklärung „ein ohnmächtiges Setzen des vermeintlich souveränen Willens der Parteien über den Willen des Gesetzes“[128] und sei daher an und für sich rechtlich ohne Bedeutung. — Andererseits brauche man aber ein objektiv vorhandenes, zur Detention befugendes oder verpflichtendes Rechtsverhältnis nicht zu verlangen; um einen ernstlichen Geschäftswillen von einer Simulation scheiden zu können, werde es ausreichen, wenn der Richter sich auf die Feststellung der causa im subjektiven Sinne beschränke.

Daß Randa mit diesem seinem Standpunkte im Effekte auf dasselbe hinauskommt, was Exner und seine Anhänger anstreben,wird die folgende Darstellung der Kausatheorie ergeben

2. Die Anhänger der Kausatheorie.

§ 12.

Exner.

Nachdem Exner zuerst im Jahre 1867 mit seiner Kausatheorie hervorgetreten war, hat er sie später in den Jahren 1871 und 1880 mit eingehender Begründung von neuem vorgetragen. Er deduziert wie folgt:

Der Besitzerwerb geschehe auch beim constitutum possessorium nur durch Tatsachen, bei denen es auf zweierlei ankomme. Der bisherige Besitzer müsse einmal seinen Besitzwillen aus der Sache zurückziehen und müsse sich sodann als bloßes Werkzeug dem gegnerischen Besitzwillen unterwerfen. In Wirklichkeit komme das nicht ohne triftigen Grund im Interesse eines der Kontrahenten oder beider vor. — Von diesem Grunde hänge also die ganze Rechtsbeständigkeit des Konstituts ab. Trotzdem habe man es hiermit seit Savigny in Theorie und Praxis viel zu leicht genommen.[129] Denn im besten Falle verlange man für das constitutum nie mehr als die ausdrückliche Erklärung des Gebers, daß er Besitz und beziehentlich Eigentum sofort auf den Nehmer wolle übertragen wissen. Erst wo solche

Erklärung fehle, sehe man sich nach etwaigen konkludenten Tatsachen um. Exner fragt weiter, ob diese Erklärung aber immer genügen könne, auch dann, wenn sie nur leere Formel sei, und ob dann nicht jeder dingliche Vertrag durch Beifügung einer derartigen Erklärung in der Tat ohne Besitzakt perfekt werden könne. Wenn man dies nicht wolle, so dürfe man sich mit jener Erklärung nicht begnügen, sondern müsse weiter fragen, wieso die Detention noch in der Hand des Gebers bleibe, nachdem er den Besitz angeblich aufgegeben habe, und müsse auf diese Frage eine befriedigende Antwort verlangen. Die mehrerwähnte Erklärung sei in Wahrheit nur leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der tradierten Sache vorerst noch beim Geber zurückbleibe.[130] Andernfalls liege trotz obiger Erklärung, die übrigens nicht ausdrücklich gehalten zu sein brauche, ein constitutum nicht vor.

Vier Argumente sind es, die Exner für seine Theorie vorbringt:

1. Ein Zurückbelassen der Detention bei Übertragung des Besitzes und bezw. Eigentumes sei an sich ein Anomales und bedürfe eines besonderen Grundes.[131]

2. Diese causa detinendi sei keineswegs etwas nur dem constitutum possessorium Eigentümliches, sondern liege bei jedem Besitzerwerbsstellvertretungsverhältnisse vor, dessen Realität eben auf der causa beruhe; sie sei es, die den Repräsentanten veranlasse, sich zum Erwerbswerkzeuge des anderen zu degradieren.[132]

3. Wer sich auf das constitutum possessorium berufe, müsse eine causa detentionis beweisen. Die strikte Durchführung dieses Satzes biete für den Richter in zweifelhaften Konstitutsfällen den einzigen Halt und gewähre die einzige Möglichkeit, dieses Institut allgemein zuzulassen, ohne daß man dabei die Rechtsregel „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur“ preisgebe.[133]

4. Die Quellenmäßigkeit des Kausaerfordernisses folge einerseits aus l. 48 D. 41, 2, wo kein Konstitut angenommen werde, obgleich der Schenker ausdrücklich „litteris declaravit, se tradi-

disse possessionem“ — andererseits aus dem Umstande, daß in sämtlichen Quellenstellen, welche Besitzerwerb durch Konstitut anerkennten, eine genügende causa der Detention des Tradenten ausdrücklich vorausgesetzt werde, so Pacht, Nießbrauch, Prekarium.[134]

Man hat gegen die aus sämtlichen „kausierten“ Quellenfällen abgeleitete Quellenmäßigkeit der Detentionskausa eingewendet, daß gerade der für die ganze Konstitutslehre grundlegende Ausspruch des Celsus in l. 18 pr. D. 41, 2 (s. oben § 3) ein „solches konkretes Rechtsverhältnis“ nicht erwähne.[135] Dem ist zu entgegnen, daß diese lex eine absichtlich abstrakt gehaltene, allgemeintheoretische rechtliche Konstruktion des Herganges enthält, von der die einzelnen in den Quellen genannten Beispiele die Anwendungsfälle bilden. Demgemäß ist das letzte Argument Exners, in dessen erstem Teile er sich mit Savigny, Hauser und Biermann berührt (s. oben § 9 unter Dernburg), ebenso unbedenklich anzuerkennen wie das erste, das die psychologische Notwendigkeit (vgl. oben § 6) des Kausaerfordernisses betrifft.

Nicht so jedoch Exners zweites und drittes Argument: Der Rechtsgrund, weshalb beim Besitzerwerbe durch einen Repräsentanten der Vertreter zur Apprehension, aber nicht zur Besitzfortsetzung für den andern ermächtigt erscheint, dieses „Auftragsverhältnis“ beruht auf der diesbezüglichen Willensübereinstimmuug beider Teile, die zwar in einem konkreten Rechtsgeschäfte zur Erscheinung kommen kann, doch ist dieses nie und nimmer die Exnersche causa (vgl. oben § 6 sub 2). Exner gerät also, geleitet von seiner Zugehörigkeit zu den „Stellvertretungstheoretikern“, bei der Begründung seiner Kausaforderung in Widerspruch mit seiner eigenen Detentionskausadefinition und begeht so dieselbe Verwechslung von „causa detentionis“ (im Sinne seiner eigenen Begriffsbestimmung) und causa repraesentationis, der wir schon bei Kroschel begegnet sind (s. oben § 9) und die sich durch dessen ganzen Aufsatz hindurchzieht.[136] Es wird dabei übersehen, daß sich der Besitzerwerb mit der Ergreifung vollendet, bei dem constitutum possessorium in der Repräsentationskonstruktion also mit der

Erklärung des Konstituenten. Was dem perfekten Erwerbe nachfolgt, ob noch Detention des Vertreters oder was sonst, tangiert den Besitzerwerb als solchen und damit auch die Rechtsbeständigkeit des Konstituts nicht mehr. — Auf Exners drittes und bedeutsamstes Argument, die Forderung des Nachweises einer causa detentionis biete die einzige Möglichkeit, das Konstitut allgemein zuzulassen, ohne die Traditionsmaxime preiszugeben, ist dasselbe zu erwidern, was oben in § 10 Abs. 3 ausgeführt wurde, daß nämlich abstraktes Konstitut und Traditionsdogma keine Gegensätze bilden, sondern daß auch das constitutum ohne causa detentionis im Exnerschen Sinne, sofern es nur ernst gemeint wurde, einen Fall der Besitzübertragung bildet, bei dem das Traditionselement zwar abgeschwächt, aber nicht beseitigt ist. Auch hier liegt der Fehler in der irrigen Auffassung des Konstituts als eines Besitzerwerbs durch Repräsentanten, aus der sich das Widerspruchsvolle in Exners Argumentation mit Notwendigkeit ergibt. — So stürzt gerade das vornehmste Argument der Kausatheorie, „sie vereinige die Traditionslehre mit den widerstrebenden tatsächlichen Verhältnissen“,[137] in sich zusammen.

§ 13.

Exners nächste Anhänger.

Die kritische Erörterung der Exnerschen Theorie hat das gerade Gegenteil von Kroschels Ansicht ergeben, der da meint, daß Exners Lehre „der Begründung nach auf durchaus richtigen Gesichtspunkten fuße“, und der nur an ihrer Formulierung auszusetzen findet.[138] Immerhin ist zuzugeben, daß die causa detentionis auch im Rahmen der Exnerschen Lehre etwas praktisch durchaus Nützliches sein konnte, nämlich eine Handhabe für den Richter, um die wahren Absichten der Kontrahenten zu konstatieren, also jenes willkommene Auslegungsmittel, das Randa schon in der subjektiven causa begrüßt. Daraus mag es sich erklären, daß Exner besonders auch unter den „Stellvertretungstheoretikern“ zahlreiche Anhänger gefunden hat, deren Gründe meistens ebenfalls recht anfechtbar erscheinen.

Es seien hier Kniep, Meischeider, Reuling, Behrend und Pininski genannt.

Kniep[139] geht davon aus, daß ein abstrakter Detentionswille dem römischen Rechte unbekannt gewesen sei. Das constitutum possessorium gipfele aber im Detentionswillen. Ferner sei es als Fall der Besitzverschaffung vorzugsweise ein Mittel zur Eigentumsübertragung, die im römischen Rechte von ihrer causa nicht losgelöst werden könne. Folglich dürfe dies auch beim Konstitut nicht geschehen, und man habe daher „mit Recht in neuerer Zeit auf die Notwendigkeit eines Rechtsgrundes hingewiesen". — Mit diesem Rechtsgrunde soll die Exnersche causa gemeint sein! Es werden also causa detentionis und causa traditionis miteinander konfundiert, und obendrein wird die Thesis zur Voraussetzung geprägt. Ein richtiges Ergebnis läßt sich davon füglich nicht erwarten.

Vollends unbefriedigend muß Meischeiders Verfahren erscheinen,[140] der aus der „Stellvertretungstheorie" zunächst richtig folgert, daß „der übereinstimmende Wille der beteiligten Personen den Besitzerwerb vermittle". Dann zitiert er aber die allgemeine Regel in l. 18 pr. D. 41, 2 und ihre Anwendungsfälle in den Quellen, um mit folgender logischen Stilprobe aufzuwarten: „In diesen Fällen ist die Annahme, daß die jedesmalige Willenseinigung der Interessenten einen Übergang des Besitzes von dem einen auf den andern ohne äußerlich betätigte Herrschaft des Erwerbenden einschließt, die notwendige (!) Folge der Willenseinigung, welche ohne die Annahme des Besitzüberganges rechtlich wirkungslos wäre". „Ist also nicht ersichtlich, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft und welches, aus dem der Übergang des Besitzes notwendig folgt, von den Interessenten intendiert worden ist, so kann von einem constitutum nicht die Rede sein", denn was den Besitzübergang bewirkt, ist die „Konstituierung des beabsichtigten (!) Rechtsverhältnisses". — Meischeiders Bemühen, um jeden Preis in schlüssiger Weise die Notwendigkeit der Kausaforderung darzutun, verdient gewiß Anerkennung, allein mit obiger Argumentationslogik richtet er sich selbst und macht so jedes weitere Eingehen auf seine Ansicht überflüssig.

Reuling geht in seinen Anforderungen an ein wirksames Konstitut über das, was Exner verlangt, noch hinaus. Denn während dieser nicht entfernt daran denkt, von der rechtlichen Gültigkeit der Detentionskausa auch die des Konstituts abhängig zu machen, da jenes Rechtsgeschäft eben nur zur „Klarstellung des faktischen Verhältnisses zweier Personen hinsichtlich einer Sache“[141] dienen solle, stellt Reuling[142] die Behauptung auf, nur die Existenz einer objektiven und rechtswirksamen causa detentionis berechtige zur Annahme eines Konstituts. Rein tatsächlich betrachtet sei nämlich der Konstituent Realbesitzer wie jeder Detentor. Solle aber vom Standpunkte rechtlicher Beurteilung aus der Konstitutar besitzen, so müsse zwischen beiden Personen auch ein gültiger Rechtsgrund bestehen, der diese Wirkung hervorrufe. Mangele er, so trete ohne reale Übergabe kein Besitzwechsel ein, „aller Tatsächlichkeit des beiderseitigen Willens ungeachtet“. — Mit Recht entgegnet hier Biermann,[143] daß auf die tatsächliche Beurteilung in der Jurisprudenz überhaupt nichts ankommt. Rechtlich ist aber der Detentor, eben weil Detentor, nie Besitzer, mag auch sein Detentionswille, der allein maßgebend ist, nur auf einer vermeintlichen causa beruhen.

Behrend[144] akzeptiert die Kausatheorie als bestes Mittel, dem constitutum possessorium die im Interesse der Rechtssicherheit des Verkehrs liegenden Grenzen zu ziehen. Deshalb findet er Exners Formulierung der causa noch nicht eng genug, denn auch das Depositum sei ein Grund, vermöge dessen die Detention der tradierten Sache vorläufig noch beim Geber verbleibe. Solle nur ein solcher Tatbestand erhellen, so könne in Ermanglung anderer causae ein Verwahrungsverhältnis mit Leichtigkeit als Ausflucht benutzt werden, womit man sich dem abstrakten Konstitut wieder bedenklich nähern würde. Die Quellen sprächen nur von Miete, ususfructus retentio und Prekarium; über diese Schranken dürfe man also auch nicht hinausgehen, sondern nur dort das Konstitut die körperliche Übergabe ersetzen lassen, wo dem Veräußerer zugleich der Gebrauch der veräußerten Sache verbleibe und nicht nur die bloße Detention,[145] wie etwa bei Mandat und Pfandbestellung. Die

praktischen Vorzüge dieser Meinung sind evident, doch muß ihre Quellenmäßigkeit bei der weiten Fassung des Celsinischen Ausspruches zweifelhaft erscheinen. Immerhin mögen „Stellvertretungstheoretiker", die überhaupt eine causa detentionis verlangen, darüber streiten, denn bei ihnen ist das einfach Ansichtssache.

Sehr wenig überzeugend sind die Ausführungen Pininskis, der vieles und damit jedem etwas bringt. Nachdem er zunächst seine Zugehörigkeit zu den „Stellvertretungstheoretikern", jedoch mit Einschränkungen gegenüber der communis opinio, erklärt hat,[146] kommen Konzessionen an die Kausatheoretiker: Keine Umwandlung bestehenden juristischen Besitzes in Detention „ohne Begründung eines konkreten Rechtsverhältnisses, welches das Recht als Grundlage der Stellvertretung im Besitze betrachte";[147] auch hier eine Modalität: Im Gegensatze zu Exners weitgefaßter causa detentionis und Behrends „Gebrauchskausa" werden von Pininski nur die Fälle wahrhafter Detention im Gegensatze zu denen des sogen. abgeleiteten juristischen Besitzes zugelassen,[148] und auch nur unter der ferneren Bedingung einer rechtsgültigen causa, wiederum aber mit der Maßgabe, daß Irrtum über den Detentionsgrund oft nichts schade, weil die Parteien dann wahrscheinlich ein Verleihungsverhältnis hätten begründen wollen.[149] Den wahren Willen der Kontrahenten müßten die Umstände des Einzelfalles ergeben. Eine ausdrückliche Benennung des Rechtsverhältnisses könne nicht beansprucht werden, konkludente Handlungen seien ausreichend;[150] eine Traditionserklärung expressis verbis fruchte ebensowenig wie die nur subjektive causa, sie könne kein Konstitut abgeben, sofern zugleich eine Leistungspflicht bezüglich der Sache bestehe, wie z. B. beim Kaufe.[151] Das Entscheidende sei die „Verwirklichung der auf eine konkrete causa gerichteten Absicht", die „Begründung des Rechtsverhältnisses";[152] dieses erst ziehe die Besitzänderung nach sich. Und zu alledem die größte Überraschung: „Die Beschränkungen des constitutum seien nur ein Ausfluß der in bezug auf die Stellvertretung im Besitze geltenden Regeln".[153] — Bei Darbietung mancher praktisch brauchbaren Momente läßt auch diese Darstellung der Konstitutserfordernisse,

offenbar infolge unzureichender Klärung der Begriffe, ein anschauliches Bild von dem Kernpunkte der Frage vermissen. Beachtlich ist aber, daß Pininski das Wesen des Konstituts in einer Ersparung des Hin- und Hergebens erblickt, denn dieser Gedanke allein führt der Lösung des Kausaproblems näher, wenngleich er in der „Stellvertretungstheorie" keinen Platz hat.[154] Er hat in Windscheids Formulierung seinen Einzug in die moderne gemeinrechtliche Praxis, insbesondere in die Judikatur des Reichsgerichts gehalten, und zwar hier im Gegensatze zu Windscheid unter Ablehnung der „Stellvertretungstheorie".

§ 14.

Windscheid.

Unter der Überschrift „Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter"[155] trägt Windscheid auch das constitutum vor[156] und handelt deshalb nur folgerichtig, wenn er ein Weiteres als „den kundgegebenen Willen des Inhabers, für den Vertretenen zu besitzen", zum Besitzerwerbe des letzteren nicht für erforderlich hält. Vom Standpunkte des „Stellvertretungstheoretikers" aus ist ja auch wirklich „nicht einzusehen, weswegen die nackte Erklärung: Hiermit erkläre ich, fortan den Besitz für A haben zu wollen, den A (seinen Willen vorausgesetzt) nicht zum Besitzer machen sollte".[157] [158]

Dann kommt aber die überraschende Wendung, daß „dieser Besitzverschaffung als solcher die rechtliche Wirkung der Tradition,[159] und im besonderen die Wirkung der Eigentumsverschaffung nicht zugesprochen werden könne. Solle sie solche Wirkungen üben, so müsse ein Grund vorhanden sein, „kraft dessen der bisherige Besitzer einstweilen die Detention behalte"[160] eine causa detentionis, wie sie Exner und andere verlangten; für die bloße Besitzverschaffung dagegen dürfe man eine solche causa beim constitutum nicht beanspruchen,[161] denn „Übergabe (Tradition) und Besitzverschaffung seien nicht identisch, das Hingeben könne nicht durch Haben im Namen des anderen schlechthin ersetzt werden.[162] Nur wer

behalten solle, weil ihm die Sache zurückzugeben sein würde, der brauche gar nicht erst hinzugeben. Kurz: „Es müsse vorliegen, daß wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde". Als Beispiele werden Miete, Nießbrauch, Vermögensverwaltung und societas omnium bonorum angeführt.

Ähnlich, offenbar im Anschlusse an Windscheid, definiert der dritte Zivilsenat des Reichsgerichts[163] die causa detentionis dahin: „Es muß vorliegen, daß wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben werden müßte". Hirzel[164] betont hierbei das „müßte" und ist demnach der Meinung, das Reichsgericht gehe mit dieser Definition — ob gewollt oder unbewußt, stehe dahin — noch ein bedeutendes über Windscheids Theorie hinaus. Diese Ansicht dürfte aber nicht zutreffen, denn das Reichsgericht will ausdrücklich das „müßte" nicht, wie das Oberlandesgericht Hamburg[165] annimmt, dahin verstanden wissen, als ob eine Rückgabepflicht des Erwerbers gegen den Detentor zu bestehen hätte, sondern verlangt in Übereinstimmung mit einer Reihe anderer obergerichtlicher Erkenntnisse (Celle, Rostock, München, Wolfenbüttel, Dresden, Lübeck, Reichsoberhandelsgericht)[166] nur die Schaffung eines Rechtsverhältnisses, „vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint": also nicht weniger, aber auch nicht mehr, als auch Windscheid zu einem constitutum, das Traditionswirkungen[167] haben soll, erforderlich findet.

Seine Kausaformulierung hat aber in anderer Richtung zu Mißverständnissen geführt. Man sagt nämlich,[168] wenn, wer behalten solle, nicht erst hinzugeben brauche, so müsse er also doch hingeben können. Mithin sei nur bei Existenz der „Möglichkeit sofortiger Tradition"[169] im Augenblicke des Konstitutsabschlusses von einem rechtsgültigen Ersatze realer Tradition zu reden. — Man braucht nur Hirzels Beispiel,[170] das er gegen Windscheid ausbeutet, nachzuahmen, um sofort zu erkennen, daß solche dialektische Überspannung der Definition gewiß nicht in Windscheids Absicht gelegen ist. Man denke sich folgendes: Ein Kunsthandwerker, dessen Wohnung und Werkstätte sich in dem Vororte einer Großstadt befinden, hat

auf einer kunstgewerblichen Ausstellung im Zentrum derselben Großstadt einige Erzeugnisse seiner Arbeit ausgestellt. Ein kauflustiger Ausstellungsbesucher möchte sich einen dieser Gegenstände anschaffen und begibt sich deshalb, da zufällig diese Sachen in der Ausstellung selbst nicht verkauft werden, in die im Vororte gelegene Werkstätte, wo der Kauf abgeschlossen wird. Der Käufer möchte zur Sicherheit sofort Eigentümer werden; er zahlt den Kaufpreis, und man schließt ein constitutum possessorium mit depositum. Vor Vollzug der körperlichen Übergabe gerät der Kunsthandwerker in Konkurs. Hier sollte der Käufer kein Aussonderungsrecht besitzen, weil das Konstitut wegen der Unmöglichkeit sofortiger Tradition nach seinem Abschlusse ungültig gewesen wäre?! Die Konkursgläubiger griffen also auf Gegenstände, von deren Existenz sie vielleicht nie gewußt (sie hatten z. B. die kunstgewerbliche Ausstellung nicht besucht); der Kridar aber konnte sich des Eigentums an denjenigen Sachen, die die Gläubiger in seinen Händen sahen (z. B. in der Werkstätte) und auf die sich sein Kredit gründete, schon längst begeben haben, ohne daß ein Dritter es bemerkt hätte. Das kann nicht Windscheids Meinung gewesen sein; mit solcher Auffassung wäre es um die Verkehrssicherheit geschehen.

Nach alledem erscheint Windscheids Kausadefinition, wie Exner es 1880 zutreffend aussprach,[171] mit der seinigen grundsätzlich als gleichbedeutend. Die Abweichung liegt nur in Windscheids Differenzierung zwischen Besitzverschaffung schlechthin und solcher mit Traditionswirkung und in seinen Folgerungen daraus für die Aufstellung des Kausaerfordernisses. Man mag diese Unterscheidung, die ja auf dem Gedanken beruht, daß durch das Konstitut lediglich das faktische, reale Hin- und Hergeben erspart werden soll, akzeptieren oder nicht, immer bleibt Windscheids Kausaforderung gerade wegen der Hereinbeziehung des Traditionselementes im Rahmen der von ihm vertretenen „Stellvertretungstheorie“ eine Inkonsequenz.

§ 15.
Harburger und Leonhard.

Was von allen „Stellvertretungstheoretikern", die eine causa detentionis verlangen, gesagt wurde, gilt auch von Harburger und Leonhard, deren Ansichten im einzelnen sich wie folgt darstellen:

Harburger unterscheidet[172] der äußeren Erscheinung nach zwei Klassen von Konstitutsfällen, die er der Kürze wegen als ausdrückliches und stillschweigendes constitutum bezeichnet, aber nicht in dem früher erwähnten Gegensatze von constitutum tacitum und expressum im Sinne der älteren Pandektisten. Harburger findet das Kriterium vielmehr darin, daß bei den einen Konstitutsfällen „ein ausdrücklicher Auftrag zum Besitzerwerbe (causa repraesentationis) und getrennt davon der animus alieno nomine possidendi" erscheine, bei den anderen „diese beiden Momente stillschweigend in einem mit der Verabredung über die Besitztradition verbundenen Vertrage über Fortsetzung des Besitzes nomine des Erwerbers" enthalten seien. Nur bei der letzteren Art von Konstitutsfällen verlangt er eine causa detentionis, weil sich dann die zum stellvertretungsweisen Besitzerwerbe unumgängliche causa repraesentationis in der causa detentionis ausspreche. Erforderlich erscheint ihm dafür „der äußerliche und faktische Abschluß eines bestimmten Vertrages, wonach der bisherige Besitzer zur Fortsetzung der Detention oder des abgeleiteten Besitzes nomine des Erwerbers befugt werde".[173] Der Vertrag müsse objektiv vorliegen und ernstlich gemeint sein, dagegen bleibe seine Rechtswirksamkeit auf die Gültigkeit des Konstituts ohne Einfluß.

Harburger sieht also in der causa detentionis lediglich ein Indiz für den Besitzerwerbsauftrag des Konstitutars. Genügt dann aber nicht schon, wie Biermann[174] richtig bemerkt, die subjektive causa Randas, sofern sich nur in den beiderseits vorgestellten causae jenes Mandat, verbunden mit dem Stellvertretungswillen, entdecken läßt?

Leonhard vertrat zuerst (Gutachten zum 15. Deutschen Juristentage 1880) noch das abstrakte constitutum, das überall

bestehen sollte, wo bei Übereignungsgeschäften die Sache „nicht sogleich mitfortgegegeben werde“,[175] denn dies hätte mindestens stets den Sinn, „daß der Veräußerer sie einstweilen noch für den Erwerber aufbewahren wolle“. Schon ein Jahr später[176] rückte er gegenüber dem korrespondierenden beiderseitigen Traditionswillen das obligatorische Element der Übernahme solcher Detentionspflicht in den Vordergrund. Lassen Exner und seine Anhänger neben einer Pflicht auch eine Befugnis als causa detentionis gelten, so will sich Leonhard nur mit einem „bindenden obligatorischen Akte“ zufrieden geben, einer Verpflichtung des Repräsentanten zum „vorläufigen Festhalten der Sache“, und zwar „bis zu einem entweder bestimmten oder nach dem Belieben eines Kontrahenten zu bestimmenden Zeitpunkte“.[177] Nur so sei dem Zwecke der Traditionsvorschrift gedient, der „nach Lage der Quellen nicht in der Erreichung sinnlicher Erkennbarkeit des Übertragungsaktes“,[178] [179] sondern darin bestehe, daß „die Hand des Veräußerers nicht eher die Sache loslassen solle, als bis diejenige des Erwerbers zugefaßt habe“, was nur mit der Herstellung eines den Detentor verpflichtenden Rechtsverhältnisses als geschehen gelten könne. — Dem ist zu entgegnen, daß die in allen Fällen vorliegende Rückgabepflicht des Detentors auch in der Detentionsbefugnis eine Detentionsverpflichtung enthalten sein läßt.

Damit stehen wir am Schlusse unserer Ausführungen über die Ansichten der „Stellvertretungstheoretiker“ und wenden uns nun der wesentlich kleineren Gruppe derjenigen Schriftsteller zu, die die Konstruktion des Konstituts als eines Falles von Repräsentantenbesitzerwerb ablehnen. Als solche sind hier v. Liebe, v. Scheurl, v. Jhering, Geller und Müller-Erzbach zu nennen. Auch sie stellen sich zu dem Kausaproblem verschieden.

B. Die Gegner der „Stellvertretungstheorie".

1. Die Gegner der Kausatheorie.

§ 16.

Geller und Müller-Erzbach.

Beide nehmen das Traditionsprinzip zum Ausgangspunkte ihrer Erörterungen. Geller meint, bei „ernster erkenntniskritischer Untersuchung" müsse man es „durch die Rechtsentwicklung längst überwunden" finden.[180] Angesichts der Tatsache, daß auf der Stufe vorgerückter Rechtsentwicklung das Besitzelement dem Eigentume nichts weniger als notwendig sei, sondern das Wesen des letzteren in dem „auf die Sache projizierten und staatsseitig geschützten Habenwollen" erblickt werden müsse, in dem rechtlich anerkannten Anspruche auf die Sache, der nur nudo pacto zu übertragen sei,[181] dürfe es nicht wundernehmen, wenn das Traditionspostulat im engeren Sinne durch eine ganze Reihe rein konsensueller Veräußerungen aus den Angeln gehoben und als Prinzip beseitigt worden sei. Die konservative Doktrin wolle sich dieses nur nicht eingestehen und habe deshalb „zu seiner Rettung das constitutum possessorium erfunden",[182] dessen Anerkennung als Traditionssurrogat schließlich doch eine völlige Negierung der Traditionsregeln bedeute; denn selbst bei dem Verlangen einer causa detentionis gehe in Wirklichkeit doch solo animo, nuda voluntate Besitz bezw. Eigentum auf den Erwerber über, weil tatsächlich jener „korrelate Willenszustand", der in dem durch eine causa detentionis individualisierten Konstitute zum Ausdrucke gelangen solle, schon mit jedem Veräußerungsgeschäfte an sich gegeben sei, dessen Vollzug nicht mit dem Abschlusse zusammenfalle; wenn nicht Gebrauchsrecht, Miete, Nießbrauch, Pfandrecht oder dergleichen, so sei doch zum mindesten ein Verwahrungsverhältnis intendiert.[183] — Demgemäß muß Geller mit Notwendigkeit die Exnersche causa detentionis als überflüssige Beigabe abstoßen.

Auf ähnlichem Wege gewinnt Müller-Erzbach das gleiche Resultat. Auch ihm erscheint im Hinblick auf die

Durchführung der Einzelheiten des Traditionsprinzips während des geschichtlichen Werdeganges seine Herrschaft als Maxime als eine höchst problematische Sache.[184] Er fragt, ob denn etwa in allen jenen Fällen, in denen „das Traditionsprinzip Besitzübergang, das Parteiinteresse Zurückbehaltung des Besitzes beim Veräußerer verlange“,[185] das Recht die Wirksamkeit der Veräußerung von der aufschiebenden Bedingung realer Übergabe abhängig mache?! Das tue das Recht durchgängig nicht; gerade für diese besonderen Fälle habe man auch besondere Rechtsinstitute konstruiert, u. a. das constitutum possessorium, welches deshalb eine Subsumtion unter das Traditionsprinzip gar nicht zulasse. Das Konstitut setze für die Besitzübertragung eine „leere Formel“ ein, darum sei der Nachweis einer causa detentionis, die sich überdies leicht simulieren lasse, für die Kenntnis auch nur des momentanen Detentionswillens belanglos.[186] Die Kausatheorie habe man nur der Traditionslehre zu danken, „die dort Besitz verlange, wo ihn die Praxis des Lebens einmal nicht gewähren könne“.[187] — Allerdings, wenn man so jede Gemeinschaft zwischen Traditionslehre und Konstitut leugnet, dann braucht man auch keine causa der ersparten „Tour- und Retourbewegung der Sache“, und es steht dann nichts im Wege, das Detentionsverhältnis durch bloße darauf gerichtete Willenserklärung begründet werden zu lassen.

Geller und Müller-Erzbach handeln daher beide von ihrem Standpunkte aus nur folgerichtig. Immerhin ist es interessant, daß Geller, der in dem Konstitute als einer rein konsensuellen Veräußerungsart „ein völliges Desaveu des Traditionsdogmas“ erblickt,[188] doch die Einschränkung macht, das Traditionspostulat im engeren Sinne sei in der Rechtsentwicklung durch das Vertragssystem verdrängt worden. Wie weit dies Berechtigung hat, ist oben in § 4 erörtert worden, wo das Traditionselement im constitutum nachgewiesen und gezeigt wurde, daß das Traditionsdogma, geschichtlich betrachtet, auch in dem Stadium der späteren Rechtsentwicklung nichts Auffälliges war und seine Bedeutung als oberste Maxime für alle Veräußerungen nie verlor. Demgemäß haben wir auf die Ausführungen Gellers und Müller-Erzbachs nur zu er-

widern, daß das Konstitut eine eigentliche Besitzübertragung bildet, nur wird das Hin- und Hergeben faktisch, nicht rechtlich[189] erspart, und das ist ohne objektiven Detentionsgrund nicht denkbar, der überdies immer ein gutes Mittel zur Erforschung des wahren Parteiwillens abgeben wird. Vorzüglich unter diesem Gesichtspunkte treten auch Scheurl und Jhering für das Kausaerfordernis ein, wie weiter unten zu zeigen ist. Zuvor soll noch v. Liebes Standpunkt in der Kausafrage dargelegt werden, der mit seiner Monographie „Der Besitz als Recht in thesi" eine ganz exzeptionelle Stellung in der Besitzliteratur überhaupt und speziell auch in der Konstitutslehre einnimmt.

2. Die Anhänger der Kausatheorie.

§ 17.

v. Liebe.

v. Liebe[190] verlangt aus logischem wie aus praktischem Grunde zum rechtsgültigen Konstitute eine causa detentionis, doch will er die Anwendungsfälle desselben eng begrenzt wissen.

Rein logisch betrachtet sei das Innehaben einer fremden Sache und das Verfügen über sie an sich ein Unrecht. Solle es sich als Detention, als Willensunterordnung des Innehabenden darstellen, so müsse „irgendein Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Detentor diesen Charakter als Unrecht beseitigen", indem es erkläre, „wie der Herr dazu gekommen sei, durch den Detentor den Besitz auszuüben"; wie bei der Detention überhaupt, sei diese causa auch beim constitutum nicht wegzudenken. In der Praxis müsse man ein solches Rechtsverhältnis aber auch um deswillen beanspruchen, weil die Willenserklärungen allein beim constitutum den wahren Willen der Parteien nicht darzutun vermöchten und über das erforderliche Stück realen Geschehens nicht den gehörigen Aufschluß gäben; der den Besitz des Konstitutars „vermittelnde Willensunterwerfungszustand" des Konstituenten könne vielmehr erst dann

angenommen werden, wenn anderweite besondere Tatsachen hinzuträten, wenn z. B. der Konstituent jahrelang dem Konstitutar Miete gezahlt habe oder dessen Anordnungen über die Behandlung der Sache nachgekommen sei.

Der Weg, auf dem v. Liebe dieses Ergebnis erreicht, ist durchaus singulär und ein ganz anderer, als ihn alle übrigen Juristen einschlagen. Überall sonst in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts wird bei Erörterung der Lehre vom constitutum possessorium und seiner Erfordernisse das corpus als sekundäres Moment in den Hintergrund gerückt und das Schwergewicht auf die rechtsgeschäftliche Seite des Instituts gelegt, die man je nach der Auffassung des Konstituts als Repräsentantenbesitzerwerbs oder verkürzter Doppeltradition verschieden ausgestaltet. v. Liebe erklärt dies für eine völlige Verkennung der wesentlichen Momente in dem Vorgange eines jeden Besitzwechsels. Es sei grundverkehrt, in dem Konstitute, wie es schon Savigny tue, einen Vertrag zu erblicken; der Unterschied zwischen beiden bestehe in folgendem: Die Grundlage des ganzen Besitzrechtes bilde eine rein natürliche Tatsache, nämlich der Kausalnexus zwischen dem Willen des Besitzers und seiner Ortsbestimmung betreffs der Sache, dem sogen. „Ortsschicksal der Sache“. Der Wechsel in diesem Kausalnexus gebe den Kern der verschiedenen Erscheinungen des Besitzüberganges ab, wovon das Konstitut nur eine besondere Erscheinungsform darstelle (Anerkennung des derivativen Besitzerwerbselementes). Die „Ablösung der Ortsbestimmung des Tradenten durch diejenige des Empfängers“ mache die juristische Natur eines jeden willentlichen Besitzwechsels, auch die des Konstituts aus. Diese Ablösung könne sich nämlich auch in der Weise vollziehen, daß mir jemand verspreche, in einem gewissen Geschäftskreise ganz nach meinem Willen als mein Organ handeln zu wollen, und solchen Willen ernstlich fasse. Dann sei es dieser Willenszustand, der seine Tat, soweit sie in der Ortsbestimmung einer Sache bestehe, als meine Tat erscheinen lasse: der Fall der Detention und des constitutum possessorium. Den Grund des Besitzwechsels bilde also der Vorgang in der Vorstellungs-, in der Denkweise der Beteiligten; die geschaffene neue Sachlage

erzeuge einen neuen rechtlichen Reflex, das melius possidere des Empfängers. Das sei aber kein Vertrag, denn bei einem Vertrage erzeuge nicht die Sachlage der Willenskonstellation das Recht aus dem Vertrage; dieses sei nicht abhängig von einem beharrenden Willenszustande, von dem guten Willen des Schuldners, vielmehr sei das Recht aus dem Vertrage eine ideale Folge des Geschäftes. — Man mag diese Spekulation v. Liebes mit Goldschmidt[191] grundlos finden oder nicht,[192] die Schlüsse, die v. Liebe daraus für die causa detentionis herleitet, sind jedenfalls nicht überzeugend. Der „Willensunterwerfungszustand" des Konstituenten ist freilich auch hier die Voraussetzung für die zu jeder Besitzänderung erforderliche, aber auch ausreichende Machtverschiebung, und daß hier ein Rechtsverhältnis zwischen Konstitutar und Konstituenten wegen der äußeren Erkennbarkeit der auf Grund desselben geübten Rechtspflichten (z. B. Zahlung des Mietzinses bei der Miete) als einzig brauchbares Beweismoment für das wirkliche Bestehen und die notwendige Fortdauer des Willensunterwerfungszustandes zu verlangen sei, erscheint ebenfalls einwandfrei. v. Liebe will als solche Rechtsverhältnisse aber nur Miete und Nießbrauchsvorbehalt gelten lassen. Warum? Weil es bei dem vorerwähnten Kausalnexus nicht darauf ankomme, wie die Mittelsperson wollen solle, sondern wie sie wirklich wolle, weil man für diesen Willenszustand zuverlässige Beweismittel brauche, und weil nur Ermietung und Nießbrauchsvorbehalt diejenigen Fälle seien, in denen man mit einiger Sicherheit auf die Willenskonstellation bezüglich der Herrschaft über die Sache schließen könne. Mieter und Nutznießer übten als Detentoren im eigenen Interesse die Verfügung über die Sache aus, ohne jedoch dabei aus der Rolle als Organe herauszutreten; die Belassung der Detention bei ihnen erscheine also als eine Konzession des Traditionsempfängers. Lediglich in solchen Fällen, und das seien eben nur Miete und Nießbrauchsvorbehalt, sei die Willensunterwerfung des Tradenten motiviert: „wenn er die Bewilligung des Nießbrauchs oder der mietweisen Benutzung annehme, so folge daraus, daß er als Entgelt seinen Willen dem Inhalte dieser Rechtsinstitute akkommodiere". In allen anderen Fällen, in

denen wie z. B. beim Depositum und Mandat die Innehabung des Detentors lediglich im Interesse des Herrn läge, würde der Hinübertritt des Tradenten aus dem Besitz- in den Detentionswillen, auch wenn er mit der größesten Genauigkeit erklärt wäre, stets dem Verdachte unterworfen bleiben, daß man durch die Erklärung dem Traditionserfordernisse habe ausweichen wollen. Die Quellen erwähnten denn ein constitutum auch nur bei Schenkung unter Zurückermietung bezw. -pachtung und bei Schenkung, Dosbestellung oder Verkauf unter Nießbrauchvorbehalt (l. 77 D. 6, 1;[193] l. 28 und l. 35 § 5 C. 8, 53[194]). Allerdings werde in l. 22 pr. D. 43, 26[195] auch ein Konstitut mit Prekarium behandelt, jedoch nicht bei der Eigentumstradition, sondern nur bei Restitution des Besitzes an den Eigentümer; und das sei unbedenklich, weil es nur die beiden Beteiligten angehe, und nicht, wie bei der Eigentumstradition, den Rechten Dritter durch den Besitzwechsel präjudiziert werde.

So v. Liebes causa detentionis. Daß er auch Rechtsgültigkeit derselben verlangen wird, ist, wenngleich er es nicht ausspricht, bei seiner Strenge in den Anforderungen an ein wirksames Konstitut zweifellos anzunehmen; ebenso — auch darüber schweigt er — daß er nie, wie z. B. Pininski es tut,[196] Irrtum der Parteien über den Detentionsgrund unschädlich finden würde. — Gegen die causa als begriffliches Erfordernis der Detention und folgeweise des Konstituts ist nichts einzuwenden;[197] auch ist es vom Standpunkte v. Liebes in der Konstituts- wie in der ganzen Besitzlehre aus nur zu billigen, wenn er für den erforderlichen Willenszustand als reale Tatsache untrügliche Beweise und zu ihrer Erbringung wiederum die causa detentionis verlangt. Aber die Beschränkung derselben auf Miete bezw. Pacht und Nießbrauchsvorbehalt erscheint bei der weiten Fassung des Celsinischen Ausspruches in l. 18 pr. D. 41, 2 unberechtigt; denn weshalb sollte man bei den Fällen der im Interesse des Konstitutars liegenden Detention zur Konstatierung des „Willensunterwerfungszustandes“ auf die Erklärung allein angewiesen sein und nicht auch dort in den begleitenden Tatumständen Beweismittel finden können? Warum sollte man die ernstliche oder fiktive Begrün-

dung eines Kommodats, Mandats, Depositums nicht ebensogut feststellen können wie die eines Nießbrauchs oder einer Miete? Warum sollte bei dem wirklichen Vorliegen jener Institute der Tradent seinen Willen nicht ebensogut dem Inhalte derselben akkommodieren können wie bei Nießbrauch und Miete? Und weiter: Wozu das bloße Besitzkonstitut auf den Fall des Prekariums beschränken, wo doch in den übrigen denkbaren Anwendungsfällen den Rechten Dritter ebensowenig präjudiziert werden würde?! Etwa nur, weil die Quellen bloß den einen Fall erwähnen? Ist denn der Ausspruch des Celsus einfach zu ignorieren? Auf alle diese Fragen, zu denen seine Theorie herausfordert, bleibt v. Liebe die Antwort schuldig. Immerhin ist erfreulich, daß er eine causa detentionis überhaupt verlangt, und daß er als Praktiker bei seinen rigorosen Forderungen sich von der praktischen Erwägung leiten läßt, „von prozessualischer Seite dem Unfug, der mit dem constitutum possessorium getrieben zu werden pflegt, beizukommen".

§ 18.

Scheurl und Jhering.

Beide weisen die „Stellvertretungstheorie" von der Hand und ersetzen sie durch die Auffassung, daß die Verwandlung des Besitzes in Detention zwei Rechtsgeschäfte zur Voraussetzung habe. Das eine solle Besitz und beziehentlich Eigentum von A auf B übertragen, das andere sei darauf gerichtet, die Detention der Sache wieder von B auf A zu bringen. Diese beiden Rechtsgeschäfte würden zu einem Besitzwechsel ohne äußeren sichtbaren Akt zusammengezogen, weil man sich die „sinnlose Weitläufigkeit der doppelten Übertragung",[198] die „Komödie des Hin- und Hergebens" (Thöl) ersparen könne. Während Scheurl nun aber die Auffassung des Celsusdiktums als Repräsentantenbesitzerwerbs undenkbar findet, will Jhering sie allenfalls als einen, wenn auch unglücklichen, „konstruktiven Gesichtspunkt" gelten lassen,[199] doch dürfe man ihn nie „zum Range eines praktischen Rechtsprinzips erheben", denn dieses würde sich

nicht nur mit den konkreten Quellenbeispielen in Widerspruch setzen, sondern vor allem auch in der Praxis zu den unerfreulichsten Situationen führen. Um diese zu erkennen, brauche man nur an den häufigsten Fall im täglichen Leben, den Kauf, zu denken. Jemand kaufe ein Buch und bitte den Buchhändler, es ihm erst nach acht Tagen zuzusenden, weil er inzwischen verreisen müsse. Lasse man hier die bloße Traditionserklärung zum Besitz- und Eigentumsübergange genügen, ohne die Begründung eines bestimmten Detentionsverhältnisses zu verlangen, wie wolle man dann die Verpflichtung des Tradenten aus dem Kaufvertrage von der aus einem wahren und fingierten Neben- z. B. Verwahrungsvertrage unterscheiden. Habe der Verkäufer, wenn der Lieferungstermin hinausgeschoben, über die Aufbewahrung der Sache aber nichts Besonderes ausgemacht werde, „dieselbe etwa nicht für den Käufer aufzubewahren, besitze er sie in der Zwischenzeit etwa nicht für den Käufer?“ Ob man ihn zum Besitzer oder Detentor stempele, in bezug auf sein Verhalten zur Sache begründe dies praktisch nicht den mindesten Unterschied; auch als Besitzer habe er sich aller Eigentumsdispositionen zu enthalten und den Käufer als denjenigen zu respektieren, dem die Sache gehöre, zwar nicht sachenrechtlich, aber obligatorisch, was für ihn keinen Unterschied mache. Kurz, „er besitze für den Käufer“[200] gerade so, wie wenn er bloß dessen Detentor wäre. So die praktische Seite in normalen Fällen; rechtlich würde aber die Konsequenz aus der „Stellvertretungstheorie“, daß die Sache schon mit der bloßen Traditionserklärung des Verkäufers wirklich als tradiert gelte, die Erfüllung des Kaufvertrages bedeuten. Die spätere reale Übergabe der Sache wäre nicht mehr Vollzug des Kaufvertrages, sondern Restitution eines deponierten Gegenstandes, zu deren Erzwingung dem Käufer nun die actio depositi zustände; „um das Retentionsrecht des Verkäufers wegen Nichtzahlung des Kaufpreises wäre es geschehen“.[201] Solche Rechtsfolgen dürfe man verständigerweise nicht auf leere Worte basieren, und man würde deshalb gut tun, alle Sonderabreden über Zeit und Ort der Tradition so lange unter den Gesichtspunkt der Erfüllungsmodalitäten des Hauptvertrages zu rechnen, bis das

Gegenteil aus dem faktischen Verhalten der Paziszenten klar erhelle. Das habe aber eine mindestens objektive causa detentionis zur unerläßlichen Voraussetzung; sie sei das Primäre und ziehe erst den Besitzwechsel nach sich.

Ebenso warnt Scheurl davor, zuviel von der bloßen Traditionserklärung zu halten, denn selbst eine solche ausdrückliche Erklärung könne, wenn man sie nicht an solenne „Zauberworte" binde, was niemand im Ernste verlangen werde, recht gut nur die Bedeutung haben, daß der Verkäufer die Sache „so bewahren wolle, wie er dazu durch den Kaufkontrakt bis zu ihrer wirklichen Tradition verpflichtet sei".[202] Man müsse deshalb in solchen Fällen immer noch auf die begleitenden tatsächlichen Verhältnisse zurückgreifen, aus denen sich die beiderseits beabsichtigte Übernahme einer neuen, z. B. Verwahrungsververpflichtung des Tradenten aber nur dann mit Sicherheit ergäbe, wenn — um mit Kohler[203] zu reden — nach Absicht der Parteien „das Interesse der Sache von nun an völlig auf seiten des Käufers oder Erwerbers liegen und die Betätigung des bisherigen Eigentümers nicht mehr eine egoistische, sondern lediglich eine altruistische, lediglich eine Tätigkeit im Interesse des Käufers sein solle". M. a. W.: es sei eben eine causa detentionis zu beanspruchen.

Man wird diesen Ausführungen Scheurls und Jherings vom Standpunkte sowohl der Theorie wie der praktischen Jurisprudenz aus nur zustimmen können. Daß der geforderte Detentionsgrund auch rechtsgültig sein müsse, was Jhering anzunehmen scheint, verlangt freilich weder sein Zweck noch die Quellenstelle l. 32 pr. D. 41, 2:

> Quamvis pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur, possessionem tamen per eum retinemus.

Danach genügt, wenn, wie Scheurl sagt, der Konstituent sich nur für „moralisch verpflichtet" hält,[204] den körperlichen Besitz in fremdem Namen fortzusetzen. Ebenso halten wir, was schon früher betont wurde, die auch von Jhering gewollte Beschränkung der Detentionsgründe auf die drei Fälle der Quellenbeispiele[205] nicht für notwendig; Scheurl zieht diese Schranke nicht.

§ 19.

C. Das Ergebnis.

Wir stehen am Ende unserer Betrachtungen der causa detentionis im gemeinen Rechte. Ob man ihr Erfordernis bejahen soll oder nicht, hängt unseres Erachtens allein davon ab, welcher Konstitutskonstruktion man den Vorzug gibt. Unter Ablehnung der zwar logisch richtigen, aber quellenwidrigen Auffassung des Konstituts als Repräsentantenbesitzerwerbs, der keine causa detentionis braucht, ist der Meinung beizutreten, die den Besitzwechsel durch constitutum possessorium als Rechtsfolge der Detentionsfortsetzung ansieht und in dem Konstitute eine verkürzte Doppeltradition erblickt, bei der bloß das faktische Hin- und Hergeben erspart bleibt. Nur diese Ansicht erscheint quellenmäßig begründet. Sie führt mit Notwendigkeit zu dem Erfordernisse einer causa detentionis im Exnerschen Sinne; nicht um das Konstitut dem Traditionsdogma unterordnen zu können, muß man sie beanspruchen, sondern umgekehrt ist sie begriffliches Postulat der im Konstitute enthaltenen Zusammenziehung von Tradition und Retradition.

Zur herrschenden Meinung hat sich die Kausalehre aber nicht erhoben, wenigstens nicht in der gemeinrechtlichen Doktrin; in der Judikatur hingegen wurde sie überwiegend vertreten. Liberal in der Kausaformulierung war die handelsrechtliche Praxis, die z. B. in Fällen eines zum Besitzerwerbe und zur Verwahrung oder Verwaltung erteilten Auftrages für den Besitzübergang auf den Auftraggeber durch constitutum possessorium nichts weiter verlangte als die erkennbare Betätigung des Willens des Beauftragten, die zunächst für sich apprehendierte Sache nunmehr für den Auftraggeber zu besitzen.[206] Strengere Anforderungen stellte die zivilrechtliche Praxis;[207] je mehr die Bedeutung des faktischen Elementes der Innehabung an sich verblaßt war, destomehr sah man auf eine Erkennbarkeit der Rechtsveränderung und auf Präzisierung der rechtsgeschäftlichen Seite.[208] Der bloßen Erklärung, daß hiermit tradiert sei oder das Eigentum übergehen solle, wurde meist keine andere Bedeutung beigelegt, als daß dem Gegenkontrahenten von nun an

die Befugnis zustehen solle, einseitig den Besitz der Sachen zu ergreifen, um dadurch erst das Eigentum zu erwerben.[209] Beanspruchte man auch nicht gerade immer die Vereinbarung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, so verlangte man doch Momente, aus denen mit Notwendigkeit folgte, daß der Konstituent den eigenen Besitz aufgegeben habe;[210] der Besitzübertragungs- und Detentionsausübungswille mußte sich äußerlich manifestiert haben, zum mindesten durch konkludente Handlungen.[211] Sollte von gültiger Eigentumsübertragung usw. die Rede sein können, so ging man bisweilen in den Ansprüchen sogar so weit, daß dem Konstitutar die volle rechtliche Herrschaft gewährt sein mußte und nicht bloß die Befugnis, im Falle der Nichtrückzahlung des Darlehns, zu dessen Sicherheit ein Fabrikinventar übertragen sein sollte unter Zurückpachtung vom Konstitutar, sich an das Inventar zu halten. Hierin wurde trotz der angeblichen Pachtvereinbarung mangels hinreichenden Unterschiedes von Pfandrechtsbestellung ein constitutum nicht erblickt.[212] Die Ernstlichkeit des Vertragswillens müsse eben unzweideutig konstatiert werden können, und das sei nur möglich auf Grund eines Rechtsverhältnisses, das, objektiv betrachtet, innerhalb seiner Grenzen den Tradenten zum Behalten der Gewahrsam berechtige bezw. verpflichte.[213] Kurz, „das constitutum bedürfe zu seiner Wirksamkeit, abgesehen von dem auf Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte, noch eines zweiten Rechtsgeschäftes, welches auf Belassung der Sache in der Innehabung des Übertragenden gerichtet sei“. Besonders ist es das Reichsgericht, das, wenn auch nicht in allen Erkenntnissen,[214] für das Kausapostulat eintritt. Außer der mehrerwähnten Entscheidung des III. Zivilsenats v. 4. 11. 1880 (Bd. 5 S. 181 f.)[215] ist hier vor allem das Urteil v. 19. 2. 1884 zu nennen (ebenfalls III. Zivilsenat)[216] betr. Tradierung auftragsgemäß eingekaufter Wertpapiere durch Zuschreibung bestimmter Nummern der betreffenden Art von Papieren mit der Bemerkung „ins Depot“ in den Geschäftsbüchern des Kommissionärs (Bankiers) sowie das Urteil v. 1. 6. 1889 (I. Zivilsenat),[217] welches bei Betonung der Detentionskausa hervorhebt, daß die Umwandlung des bisherigen Besitzes des Konstituenten in Detention kein auf Will-

kür beruhendes und beliebig verwendbares Surrogat der tatsächlichen Übergabe sei, sondern eine eigentümliche Gestaltung des Besitzverhältnisses zur Ersparung der Weitläufigkeit einer doppelten Übertragung.[218]

Jedenfalls blieb in der gemeinrechtlichen Praxis der Einfluß der Exnerschen Theorie vorherrschend,[219] an deren Resultate das Bürgerliche Gesetzbuch nur anzuknüpfen brauchte.

Die causa detentionis im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 20.

Die Stellung des Konstituts im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Konstitutserfordernisse im allgemeinen.

Wie so oft, hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch beim constitutum possessorium durch eine positive Bestimmung gemeinrechtliche Streitpunkte beseitigt oder doch in der Hauptsache gegenstandslos gemacht.

Für die Übereignung von Mobilien hält es an dem Traditionssysteme fest und stellt in dem Titel „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“ an die Spitze als Regel den Satz, daß neben der Einigung über den Eigentumsübergang die Sachübergabe zur Übertragung des Eigentumes erforderlich ist. Drei Ausnahmen durchbrechen dieses Prinzip: die kurzhändige Übergabe, die Zession des Herausgabeanspruches und das constitutum possessorium in seiner neuzeitlichen Gestaltung, von dem § 930 handelt:

> „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt“.

Zum modernen Konstitute ist hiernach dreierlei erforderlich: Einigung der Kontrahenten über den Eigentumsübergang, Besitz des Eigentümers und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses

zwischen Veräußerer und Erwerber, vermöge dessen letzterer mittelbarer Besitzer wird; nur das letzte Erfordernis interessiert hier.

Was die Formulierung betrifft, so gibt das Gesetz, indem es verfügt, daß durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses die Sachübergabe solle „ersetzt" werden können, dem Gedanken Ausdruck, daß jetzt eine „vertragsmäßige Veräußerung der Besitzübergabe gleich" zu achten sei.[220] [221] Damit entfällt die Möglichkeit und Notwendigkeit von Erörterungen über die rechtliche Natur und Konstruktion des Konstituts, wie sie in dem gemeinrechtlichen Teile dieser Arbeit unerläßlich, weil grundlegend, waren. Sodann: die Frage nach der causa detentionis wird vom Gesetz bündig bejaht und so das abstrakte constitutum des gemeinen Rechts endgültig beseitigt. Das Konstitut kann nicht mehr abstrakt geschlossen werden; es genügt nicht, wenn der Veräußerer erklärt, fernerhin den Besitz der Sache für den Erwerber haben zu wollen, es genügt nicht die bloße Abrede, der Besitz solle künftig, etwa „bis zur Zahlung des Kaufpreises", für den anderen Teil ausgeübt werden, sondern es muß ein bestimmtes Rechtsverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, welches die Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer erklärt[222]: Ein „individualisiertes" Konstitut wird verlangt, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des heutigen Besitzrechtes, dem eine „abstrakte Besitzerstellung für andere, gegründet auf den internen Willen", unbekannt ist.[223] Für die Einnahme dieses gesetzgeberischen Standpunktes war insbesondere auch die Erwägung maßgebend, daß in Wirklichkeit ein abstraktes Konstitut überhaupt nicht vorkommt, sofern die Parteien Eigentumsübergang und Verbleiben des Besitzes beim Veräußerer ernstlich gewollt haben.[224] Wo eine bloße abstrakte Abrede getroffen wird, ist dies regelmäßig ein Kennzeichen dafür, daß nur ein Scheingeschäft beabsichtigt wurde und „nur der Schein einer Besitzübertragung erzeugt" werden sollte.[225]

So ist die Kausafrage vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Prinzip entschieden, und es bleibt nur übrig, nach einer Abgrenzung des modernen gegen das gemeinrechtliche Konstitut die Einzelheiten der neuzeitlichen causa detentionis zu betrachten.

Zum Schlusse soll dann, da das Gesetz das Konstitut nur für den Fall des Eigentumserwerbes regelt,[226] untersucht werden, ob auch für den bloßen Besitzerwerb durch constitutum im heutigen Rechte ein Raum ist.

§ 21.

Der Gegensatz zwischen neuzeitlichem und gemeinrechtlichem Konstitute.

Während der 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch den „Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben", erwähnte, vermeidet das Bürgerliche Gesetzbuch selbst den „Hinweis auf den Willen als auf ein prinzipielles Element des Besitzes" und spricht nur von der „tatsächlichen Gewalt".[227] Infolgedessen ist es äußerst bestritten, ob für den Besitzbegriff nach heutigem Rechte an dem römisch-rechtlichen Willenserfordernisse festzuhalten ist oder nicht.[228] Mag man dies auch generell bejahen und in der „tatsächlichen Gewalt" die „Äußerung eines anerkannten Willens", nicht bloß einen „physischen Zustand wie das corpus der Römer"[229] erblicken, so wird man doch immer zugeben müssen, daß der Besitzwille gegenüber dem animus domini des römischen Rechtes eine erhebliche Abschwächung und das Moment der faktischen Herrschaft einen stärkeren Akzent erfahren hat. Statt detentio und possessio stehen sich heute abgeleiteter und Eigenbesitz gegenüber; der Detentionsbegriff im spezifisch römischen Sinne ist verschwunden bis auf den Anklang in der „Besitzgehilfenschaft" des § 855 BGB. Dieser veränderten Auffassung entsprechend hat auch das Konstitut einen andern Charakter angenommen: An die Stelle von Besitzaufgabe und Besitzübertragung ist die „Besitzumwandlung"[230] getreten; der Veräußerer bleibt Besitzer, nur ist er nicht mehr Eigen-,[231] nicht mehr Alleinbesitzer.[232] Im römischen und gemeinen Rechte Umwandlung des Besitzes in Detention, jetzt Verwandlung zuvor ganz selbständigen (unmittelbaren) Besitzes in solchen, neben dem nun ein mittelbarer besteht, in „Unter-" gegenüber einem „Oberbesitze",[233] in „Leih-

besitz“ gegenüber „mittelbarem Eigenbesitze“.[234] Während nach römischem und gemeinem Rechte der bisherige Besitzer sich zum Detentor im Namen eines andern degradierte, den Besitz aber die andere Partei erlangte,[235] kann es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur noch vorkommen, daß er durch Vertrag einen andern zum mittelbaren Besitzer macht, während er selbst als „vermittelnder Besitzer“,[236] als Besitzmittler trotz des Konstituts Besitzer, und zwar unmittelbarer, bleibt,[237] also, was er vorher war.[238] Bartels[239] will hier von „Erwerb“ des mittelbaren Besitzes des Empfängers nur in dem Sinne die Rede sein lassen, „daß der mittelbare Besitz an der Hand eines dafür kausalen Rechtsverhältnisses kraft einer Fiktion entstehe“. Gleichviel, jedenfalls „erlangt“ der Erwerber ihn, wie das Gesetz sich ausdrückt, und zwar „vermöge“ des vereinbarten Rechtsverhältnisses, dieses ist also das Primäre, ist die „Grundlage der Einräumung des Besitzes“;[240] das Rechtsverhältnis ist hier wirklich causa efficiens,[241] als welche es ja bei richtiger Auslegung schon in den römischen Rechtsquellen erscheint (konstitutarischer Besitzwechsel eine Rechtsfolge der Detentionsfortsetzung).

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht nur von einem Rechtsverhältnisse, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, erwähnt aber kein Konstitut, das dem römischen entspräche, indem es „den Erwerber zum Alleinbesitzer, den Veräußerer zum bloßen Besitzdiener“[242] machte, wo also „der Eigenbesitzer zum Besitzgehilfen herabsänke“.[243] Dieser Fall, der in der Literatur kaum behandelt wird, ist durchaus möglich, denn das „Inhaberverhältnis“ des § 855 BGB. „kann auch nachträglich hergestellt werden, indem der Besitzer einer Sache als bisher selbständige Person zu einem andern in ein dem § 855 BGB. entsprechendes Verhältnis tritt und auf Grund desselben nunmehr die tatsächliche Gewalt über die Sache für den andern als Besitzherrn ausübt“.[244] Es bliebe nur fraglich, ob das ein Ersatz der Übergabe und nicht vielmehr körperliche Übergabe selbst wäre, wie eine Reihe Schriftsteller um deswillen annehmen, weil der Erwerber unmittelbarer, wirklicher Besitzer werde, weil § 855 BGB. besage, „nur der andere

(der Erwerber) sei Besitzer".[245] Kohler[246] erklärt es nur für ein „Wortgefecht", wenn man in solchem Tatbestande Besitzerwerb, aber kein Konstitut erblicken wolle. Auch sei es „vom logischen Standpunkte aus unrichtig. Denn einerseits biete das Haben des Besitzgehilfen die stoffliche Grundlage, auf der sich der Eigenbesitz des Erwerbers aufbauen könne; auf der andern Seite sei a fortiori zu sagen: Der Eigenbesitzer, der zum bloßen Besitzgehilfen herabsinke, werde noch viel mehr des Erwerbers halber besitzen als derjenige, der — als Besitzmittler — nur die Stütze seines Besitzes sei". Wir können dem nur beipflichten und sind mit Eck[247] der Meinung, daß es mit dem Wortlaute in § 855, „nur der andere sei Besitzer", nicht zu genau zu nehmen, desto strenger aber der Begriff der „Übergabe" zu interpretieren sei; denn § 933, bei dem die Frage praktisch wird, hat die Tendenz, den Erwerb des redlichen Dritten vom Nichteigentümer möglichst zu beschränken und „unsichtbare Besitzerwerbsformen" davon auszuschließen. — Des weiteren spricht hier für die Konstitutsannahme die logische Erwägung, daß, wenn das Gesetz es schon bei dem lockeren Rechtsverhältnisse des mittelbaren Besitzes zwischen Veräußerer und Erwerber zulasse, es bei dem weit innigeren der „Besitzdienerschaft" desto unbedenklicher anzunehmen sei.[248] Wenn also der Arbeiter die von ihm mitgebrachten Gerätschaften an den Arbeitgeber verkauft und sie als Besitzdiener zur Benutzung bei der Arbeit weiterbehält,[249] oder wenn ein angestellter Jäger seine Flinte dem Herrn verkauft und sie als Inhaber weiter benutzt,[250] so steht nichts im Wege, darin ein Konstitut zu finden, denn die Vornahme der körperlichen Übergabe selbst an den Erwerber, der sofort die Wiederaushändigung an den Veräußerer folgen würde, wäre doch ein „unnötiger Umweg",[251] den man im Ernste nicht verlangen wird.

Kohler geht noch weiter, indem er dem Konstitut auch überall dort Raum gewährt, wo eine „Beziehung zur Sache" bestehe, „welche die faktische Unterlage des Besitzes bilden könne, selbst wenn diese Beziehung nicht so innig sei, daß sie zum Verhältnis des Besitzgehilfen genüge".[252] Er führt folgendes Beispiel an: „Wenn ich im Café mein Extrablatt lese,

so kann ich mit dem Wirte ausmachen, daß es sofort in das Eigentum und in den Besitz der Wirtschaft übergehen solle, so daß ich mit diesem Momente in die Lage eines einfachen Lesers eines Hotelblattes herabsinke", und solcher könne doch weder als „Unterbesitzer" noch als „Besitzdiener"[253] nach dem Gesetz gelten.

Wir sehen keinen Grund, der Auffassung dieser rein tatsächlichen Verhältnisse als causae detentionis entgegenzutreten, denn sie passen als solche durchaus in die Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinein. Selbstverständlich ist, daß in allen Fällen die Übereignung ernst gemeint sein muß, dann aber liegt u. E. auch nach heutigem Rechte ein Konstitut vor, und gerade dasjenige, das dem gemeinrechtlichen am nächsten steht.

§ 22.

Das „Rechtsverhältnis" des § 930 BGB. im besonderen.

Wie schon früher (§ 20) hervorgehoben wurde, ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes das abstrakte Konstitut des gemeinen Rechts aufgegeben.[254] Trotzdem hält Schey[255] zweierlei Auslegung des § 930 für möglich: eine sozusagen „bescheidene", wonach als Ersatz der Übergabe neben dem Kausalgeschäfte der Veräußerung noch ein zweites Kausalgeschäft vereinbart werden müsse, das die veräußerte Sache sofort wieder in die zeitweilige Gewahrsam des Veräußerers zurückgelangen lasse. Erfreulicherweise erscheint auch Schey selbst diese Forderung als die einzig ersprießliche, doch will er nicht verkennen, daß man auch zu einer andern Interpretation versucht sein könne. Er meint, es liege nicht fern, auch so zu folgern: Sei schon die Eigentumsübertragung ein abstraktes Geschäft, um wieviel mehr der bloße Besitzerwerb. Daher sei als die von § 930 verlangte Vereinbarung lediglich die abstrakte Einigung anzusehen, daß der Erwerber nun mittelbarer Besitzer sein solle; eine Individualisierung des Rechtsverhältnisses durch eine causa brauche man nicht. — Wir finden diese Auslegung zum mindesten „unbescheiden". Abgesehen davon, daß, wie bereits

in § 20 betont wurde, abstrakte Rechtsverhältnisse praktisch ein Ding der Unmöglichkeit sind, ebenso wie abstrakte Verträge — das Leben kennt nur Kauf, Schenkung usw. —, steht solche rabulistische Interpretation in krassem Widerspruche mit der ratio legis. Man braucht doch nur an das Kausapostulat in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis und an die Beschlüsse des 15. Deutschen Juristentages zu denken, um zu wissen, was das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem § 930 beabsichtigt; gerade „zur Klarstellung der Ernstlichkeit des Parteiwillens, daß sie die Übergabe durch eine Erklärung des Veräußerers ersetzt wissen wollten", stellte der Gesetzgeber ja die Forderung des „Rechtsverhältnisses".[256] Es muß also individualisiert sein; ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis ist zu verlangen, das mittelbaren Besitz begründet.[257] [258] Sonst käme man, wie auch Schey[259] andeutet, notwendig zu dem Schlusse, überall ein Konstitut anzunehmen, „wo in einem Veräußerungsgeschäfte eine spätere Lieferzeit bedungen" ist.

Solches Ergebnis erscheint bei rationeller Auslegung des von § 930 sachlich in Bezug genommenen § 868 BGB. unmöglich. Hiernach liegt der mittelbare Besitz vor, wenn „jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist"; dann ist der andere mittelbarer Besitzer. Was nun die Beschaffenheit dieses „ähnlichen Verhältnisses" betrifft, so ist bestritten, ob „die gemeinsame typische Ähnlichkeit der sämtlichen Anwendungsfälle lediglich in dem Sinne des Relativsatzes („vermöge dessen — — —") zu finden sei", d. h. in der Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze auf Zeit, oder ob man „ein weiteres gemeinsames Merkmal aufzustellen" habe, das „aus den vom Gesetze angeführten besonderen Fällen mittelbar zu abstrahieren sei".[260] Mit der herrschenden Meinung[261] nehmen wir das Letztere an. Dafür spricht einmal die Wortfassung des Gesetzes, hier sowohl wie auch z. B. in den §§ 941, 986, 991, wo das Gesetz mit einem engeren Begriffe operiert, als er in dem Relativsatze des § 868 allein enthalten ist, indem es sich überall dort dahin ausspricht, daß

der unmittelbare Besitzer von dem mittelbaren seinen Besitz ableite; sodann aber auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck des § 868,[262] wie die Kommissionsprotokolle[263] beweisen. Demnach ist ein Rechtsverhältnis zu verlangen, demzufolge „die Macht des unmittelbaren Besitzers über die Sache von der des Oberbesitzers abgeleitet erscheint“;[264] der Besitz muß von dem mittelbaren an den unmittelbaren Besitzer als „Besitzmittler“ gekommen sein,[265] der „Oberbesitzer“ muß ihn dem „Unterbesitzer“ auf Zeit „anvertraut“ haben.[266] Dieses trifft z. B. beim Kaufe mit bedungener späterer Lieferzeit nicht zu[267]: obwohl der Verkäufer bis zur Übergabe (also auf Zeit) dem Käufer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, vermittelt er ihn ihm doch nicht, weil er ihn nicht von dem Käufer herleitet.[268] Überhaupt scheiden alle jene Fälle aus, „in denen jemand zwar zur Aufbewahrung einer Sache für einen andern, aber nicht zum Besitze verpflichtet ist“, wie z. B. auch der Schenker in der Zeit bis zur Übergabe der geschenkten Sache.[269] Es genügt also nicht schlechthin ein „Anspruch auf Herausgabe der Sache“ (§ 870 BGB.) zur Begründung mittelbaren Besitzes[270] und folglich auch nicht zum konstitutarischen Besitz- und Eigentumserwerbe. Verabreden deshalb z. B. Verkäufer und Käufer vor der Übergabe der Sache, daß das Eigentum auf den Käufer übergegangen sein solle, so ist solche Vereinbarung nur dann wirksam, wenn der Verkäufer die Sache nicht mehr als Verkäufer, sondern auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses weiter behält, wonach er etwa als Mieter oder Verwahrer seinen Besitz von dem Käufer ableitet.[271] Auch der Besitz des Entleihers[272] an dem geliehenen Gegenstande und der des Beauftragten an den zur Ausführung des Auftrages ihm vom Auftraggeber überlassenen Sachen[273] entspricht dem Verhältnisse des § 868 BGB., ebenso der des Geschäftsführers ohne Auftrag,[274] auch der des Werkunternehmers an dem vom Besteller gelieferten Stoffe.[275] Die Beispiele des § 868 sind eben nicht erschöpfend, sondern sollen nur das Prinzip veranschaulichen. — Ob das Verhältnis vorwiegend im Interesse des Anvertrauenden (Verwahrungsvertrag) oder auch in dem des Empfängers (Leihe) liegt, ist einerlei;[276] ebenso ob es lediglich obligatori-

schen Charakter[277] trägt oder dinglichen[278] (Nießbrauch) oder auch beides,[279] wie z. B. beim Pfandrechte an Mobilien, das den Pfandgläubiger ja zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet (§ 1215 BGB.). So verlangt denn das Reichsgericht zum gültigen Konstitute für die Annahme eines „ähnlichen Verhältnisses", daß „durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei".[280] Die bloße Eingehung einer allgemein gehaltenen obligatorischen Verpflichtung zur Besitzausübung, deren Haltung jederzeit gebrochen werden kann, entbehrt aller sachenrechtlichen Wirkung, da sie nicht einmal Besitz überträgt,[281] mittelbaren nicht, weil es an dem erforderlichen „Verhältnisse" des § 868 fehlt, unmittelbaren nicht, weil der Erwerber hierdurch allein keine Gewalt über die Sache erlangt.

Nach dem Ausgeführten ist das in § 868 BGB. bezeichnete „Verhältnis" begrifflich also als Rechtsverhältnis zu denken; das beweist schon die sachliche Inbezugnahme des § 868 in § 930, der die Vereinbarung eines „Rechtsverhältnisses" verlangt. Andererseits wird aber in § 930 unter „Rechtsverhältnis" nichts anderes zu verstehen sein als in § 868 unter „Verhältnis",[282] doch herrscht hierüber keine Einstimmigkeit: In Literatur und Praxis wird bisweilen der Standpunkt eingenommen, das „Rechtsverhältnis" müsse auch rechtswirksam, vor allem formell rechtsbeständig sein.[283] Besonders Endemann[284] vertritt diese Forderung, indem er allen Nachdruck auf den strikten Beweis der causa detentionis legt. Mit Recht erblickt er den Grund und Wert ihrer Aufstellung im Gesetze in der Schaffung einer wenngleich nicht absolut sicheren, so doch nicht zu unterschätzenden Schranke gegen mißbräuchliche Konstitutsanwendung; er verlangt dann aber, wenn die causa detentionis diesem Zwecke gerecht werden solle, daß der sie betreffende „Vertragsschluß selbständig beurteilt werde und den geforderten inhaltlichen und förmlichen Voraussetzungen entspreche. Nur die gültige Vereinbarung

könne den Besitzübergang vermitteln". — Wir sind mit der herrschenden Meinung[285] der Ansicht, daß solche Ansprüche an ein wirksames Konstitut zu weit gehen. Auch hier zeigt ein Rückblick auf das gemeine Recht und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes,[286] daß das verlangte „Rechtsverhältnis" nur die Ernstlichkeit der Übereignungsabsicht erkennbar machen soll, und dem wird jedenfalls entsprochen, wenn der „Unterbesitzer" seine Verpflichtung zur späteren Herausgabe der Sache an den „Oberbesitzer" anerkennt. Besitzt er also „in einem Verhältnisse oder in Anerkennung eines Verhältnisses, das, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, geeignet ist, den Besitzer einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen oder zu verpflichten" (Planck), so darf man damit zufrieden sein.[287] Demgemäß hält die herrschende Meinung zum mittelbaren Besitze wie zum Konstitute ein auch nur vermeintliches Rechtsverhältnis[288] für ausreichend, sofern es nur ernstlich begründet werden sollte und wenigstens nach der Auffassung der Beteiligten[289] rechtlich existiert.[290] Die Frage ist übrigens praktisch nicht allzu bedeutsam, „weil die Einigung über den Eigentumsübergang jedenfalls rechtsgültig sein muß und in der Regel auch dem Rechtsverhältnisse, das sie bestätigt, verbindliche Kraft verleihen wird".[291]

Endlich ist noch auf zweierlei hinzuweisen. § 930 BGB. läßt die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen usw. Das Rechtsverhältnis muß also vereinbart[292] werden. Daher ist rechtsgültige konstitutarische Besitzübergabe unmöglich, wenn das Rechtsverhältnis, kraft dessen der Veräußerer unmittelbaren, der Erwerber mittelbaren Besitz hat, statt auf Vereinbarung auf dem Gesetze beruht bezw. wenn der Veräußerer bereits auf Grund Gesetzes unmittelbaren, der Erwerber mittelbaren Besitz hat. Leben z. B. Ehegatten in Gütergemeinschaft, so kann der Ehemann nicht dadurch Besitz und Eigentum an ihm gehörigen Mobilien auf seine Ehefrau konstitutarisch übertragen, daß er mit ihr vereinbart, er wolle die veräußerten Sachen fortan nur noch für seine Frau kraft seines ehemännlichen Nutzungs- und Verwal-

tungsrechtes (§ 1373 BGB.) im Besitze haben. Hier ist der Leihevertrag als causa detentionis nicht ausreichend.[293] Zum andern: So wenig wie im gemeinen Rechte, wo auf Grund des Prinzips der direkten Stellvertretung die Möglichkeit des Kontrahierens mit sich selbst allgemein wie auch beim constitutum anerkannt war,[294] so wenig brauchen auch heute die Paziszenten allemal zwei Personen zu sein. Auch beim Konstitutsabschlusse kann der Veräußerer unter den Voraussetzungen des § 181 BGB. den Erwerber vertreten und als Vertreter des letzteren das Rechtsverhältnis mit sich selbst vereinbaren. Hat daher z. B. ein Bankier in Ausführung eines Auftrages und in Gemäßheit des § 181 BGB. Wertpapiere für einen Kunden beschafft und in einen mit dem Namen desselben versehenen Briefumschlag oder eine für dessen Depositen bestimmte Mappe gelegt, um sie als Depot für ihn zu verwahren, so ist der Kommittent auch ohne Übersendung eines Stückeverzeichnisses[295] nach § 930 BGB. Eigentümer der Papiere geworden.[296]

§ 23.

Der bloße Besitzerwerb durch constitutum possessorium im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Besitzübertragung dient ihrem Zwecke und Inhalte nach entweder zur Verschaffung eines dinglichen Rechtes, insbesondere des Eigentumes, oder sie trägt ihren selbständigen Zweck in sich und ist dann nur auf Verschaffung der Rechtsstellung als Besitzer gerichtet.[297] Wurde nun bisher das Konstitut im heutigen Rechte nur in seiner Eigenschaft als Mittel des Eigentumserwerbes betrachtet, so bleibt noch die Frage zu ventilieren, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch ein bloßer Besitzerwerb durch constitutum possessorium möglich ist. Gewöhnlich wird dies verneint.[298] Im Gesetze findet solche „Übertragung des Besitzes in abstracto“ nirgends Erwähnung. Ob man sie zulassen soll, hängt allein davon ab, welche Auslegung man dem § 868 BGB. gibt. Bei der oben (§ 22) von uns akzeptierten Interpretation desselben folgt das reine Besitz-

konstitut einfach aus dem Begriffe des mittelbaren Besitzes. Läßt man, wie wir es mit der herrschenden Meinung taten, zur Begründung mittelbaren Besitzes auch ein Putativverhältnis der in § 868 bezeichneten Art zu und somit das subjektive Moment den Ausschlag geben, so kann man folgerichtigerweise das Konstitut nicht auf die Fälle dinglichen Rechtserwerbes (§§ 930, 1032 BGB.) beschränken. Denn was hindert die Parteiwillkür, so gut wie den Eigentumsübergang, nur die Schaffung der Rechtsstellung des „Auchbesitzers“ (§ 868 BGB.) zu intendieren? Man halte sich nur immer gegenwärtig, daß das Gesetz von einem „ähnlichen Verhältnisse“ spricht, vermöge dessen der Besitzende einem anderen gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, daß es also das vereinbarte Rechtsverhältnis ist, durch welches der andere den mittelbaren Besitz erhält.[299] Der besitzbegründende Faktor ist also das „ähnliche Verhältnis“, für dessen Schaffung dem Belieben der Kontrahenten der weiteste Spielraum gewährt ist, da ja jedes Schuld- oder dingliche Rechtsverhältnis genügt, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht begründet. Habe ich also als unmittelbarer Besitzer eine fremde Sache, z. B. ein Buch meines Freundes, in Händen, ohne daß ein mittelbarer Besitz an diesem Buche besteht — ich habe es beispielsweise gefunden[300] —, und darf ich das Buch nun noch abredegemäß als Entleiher behalten, so hat bei der üblichen und richtigen Auslegung des § 868 der Verleiher durch diese unsere Vereinbarung konstitutarisch Besitz (nämlich mittelbaren) an dem Buche erworben. Nur in der dem gemeinrechtlichen Konstitute entsprechenden Gestalt, für die das Besitzdienerverhältnis des § 855 BGB. in Betracht kommt,[301] ist das bloße Besitzkonstitut im heutigen Rechte undenkbar; seine Existenzmöglichkeit beruht allein auf dem Begriffe des mittelbaren Besitzes.

Anmerkungen.

[1] Dies tut z. B. v. Liebe (S. 137) aus dem Prinzip heraus, daß ein Konstitut nur dort statthaft sei, wo sich die Detentionsbelassung bei dem Tradenten als eine Konzession des Empfängers darstelle. Daher nach v. Liebe in unserem Falle nur Traditionsaufschub, kein Eigentumsübergang.

[2] S. 34, 35.

[3] vgl. zu obigem Beispiele Strohals auch Dernburg, Bürgerl. R. S. 69 unten, der für die Nützlichkeit des Konstituts im Verkehr ebenfalls darauf hinweist, daß mancher Käufer einer Sache nicht ohne die durch Besitz- und Eigentumserlangung gegebene Sicherheit den Kaufpreis zahlen, die Inhabung der Sache aber nicht immer sogleich übernehmen wolle. Da helfe dann das constitutum possessorium.

[4] Man denke für das heutige Recht nur an die durch die ständige Judikatur des RG. (vgl. Bd. 57 S. 177, Bd. 59 S. 146, Bd. 62 S. 127) für zulässig erklärte Sicherungsübereignung (s. darüber Lilienthal in der DJZ. 1902 S. 542f. und Hallbauer im Recht 1905 S. 632f. u. 661f.), zu deren Vornahme mittels constitutum possessorium übrigens bei der Abstraktheit des dinglichen Vertrages im BGB. die früher beliebte Zugrundelegung eines kausalen obligatorischen Geschäftes nicht mehr erforderlich ist (vgl. RG. Bd. 57 S. 178, Bd. 59 S. 147; Voigt in der DJZ. 1907 S. 710/11; Wolf Anm. 6 zu § 1205 BGB.), wenn auch natürlich Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs in Verbindung mit Mietkontrakt u. dgl. ebenfalls noch zur Forderungssicherstellung benutzt werden kann (vgl. Prot. Bd. 3 S. 197, 200f.; Meisner zu § 930 BGB. sub 4). Sicherungsübereignung mit Gebrauchsleihe (so Entsch. d. OLG. Hamburg v. 12. 1. 1903; DJZ. 1903 S. 228) wird die Regel sein. — Wesentlich ist nur immer, daß der Parteiwille auch wirklich auf die Übertragung des Eigentumes gerichtet war (vgl. Maenner S. 198 Anm. 26; Kretzschmar zu § 930 BGB. sub 4; RG. Bd. 2 S. 168, Bd. 13 S. 200, Bd. 24 S. 53, Bd. 26 S. 181, Bd. 57 S. 178, Bd. 59 S. 147, Bd. 62 S. 126f.); dann bedarf es keines Kaufgeschäftes mehr, denn gerechtfertigt wird sie dann durch den Zweck der Sicherung des Gläubigers (vgl. Voigt l. c.).

[5] v. Liebe S. 136; besonders bei der Anfechtung von Veräußerungsakten zahlungsunfähiger Schuldner durch constitutum possessorium war die äußere Klarstellung der Konstitutserfordernisse immer von großer Bedeutung; vgl. Seufferts Arch. f. Entsch. der obersten Gerichte Bd. 39 Nr. 190, Bd. 46 Nr. 1; RG. Bd. 19 S. 250, Bd. 24 S. 312f.

[6] Leonhard, Gutachten S. 98.

[7] vgl. Dernburg, Pand. S. 421 Anm. 3 und Hirzel S. 5.

[8] Cramer S. 30.

[9] Der Ausdruck stammt von Azo (Summa in Cod. tit. de poss. n. 9), doch nennt er nicht, wie im Anschlusse an Savigny (Recht des Besitzes S. 323 Anm. 2), eine Reihe Schriftsteller, so Exner (Tradition S. 143 Anm. 54) und Randa (S. 556 Anm. 19a) und ihnen folgend z. B. Jhering (S. 220 u. 226), Geller (S. 10), Behrend (S. 75) und Kohler (S. 9) zitieren, das constitutum schlechthin „unum mirabile mundi", sondern nur die Übereignung unter Retention des Nießbrauches, weil hier einerseits Eigentumsübertragung nebst Besitzübergang stattfinde, während auf der andern Seite der Usufruktuar doch „für sich besitze und deshalb auch das interdictum unde vi habe" (vgl. Biermann, Traditio ficta S. 56).

[10] Diss. S. 47 u. 54, 55.

[11] S. 64.

[12] vgl. Dernburg, Pand. S. 498.

[13] vgl. l. 37 D. 41, 2: Re pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere videtur (s. Goldschmidt, Besitzlehre § 21 S. 218 sub 4 Anm. 3).

[14] vgl. Dernburg, Pand. S. 421.

[15] „Meist liegen zwei Geschäfte zugrunde. In erster Linie eine Veräußerung, namentlich ein Verkauf, dessen Ausführung die Besitzübertragung fordert, in zweiter Linie ein Geschäft, welches die Zurückhaltung der Inhabung rechtfertigt", z. B. Vorbehalt von Pacht, Miete usw. (Dernburg, Bürgerl. R. S. 69).

[16] vgl. Endemann S. 208 Anm. 34.

[17] vgl. Exner, Gutachten S. 6; Leonhard, Gutachten S. 93; Wiener, Referat im 15. Deutschen Juristentag 1880 Bd. 2 S. 88.

[18] Ganz ebenso kommt dem Konstitut auch im Systeme des BGB. die prinzipielle Bedeutung der Herbeiführung nur eines Besitzüberganges bezw. Besitzerwerbes zu, wenn das Gesetz es auch nicht in der Lehre vom Besitz, sondern nur als Mittel der Übertragung des Eigentums und dinglicher Rechte behandelt (Stemann S. 66). Natürlich ergeben sich im einzelnen infolge des veränderten Besitzbegriffes (§§ 868, 872, 855) dem römischen und gemeinen Rechte gegenüber einige Verschiedenheiten, die im zweiten Teile der Arbeit bei der Untersuchung der causa detentionis im heutigen bürgerlichen Rechte zu erörtern sind.

[19] vgl. Hauser S. 46.

[20] vgl. Harburger S. 6.

[21] vgl. Exner, Gutachten S. 6.

[22] Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 18 S. 335.

[23] Blatzheim S. 16.

[24] S. 323.

[25] Handb. § 73. — Gegen die Versuche, einen Satz des römischen Rechts mit dem Handelsrecht zu vereinigen, s. besonders Jhering (in seinen Jahrb. Bd. 1 S. 179) und Exner, Tradition S. 144/45, 187.

[26] vgl. über das Verhältnis der §§ 424, 450 u. 647 HGB. zu der Besitzlehre des BGB. neuerdings Sokolowski (S. 303—306), der ebenfalls zu dem Ergebnis gelangt, daß nur ein äußerlicher Zusammenhang zwischen dem Handels- und dem Zivilrechte in diesem Punkte besteht, und daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über den Besitz auf obiges handelsrechtliche Institut sich nicht durchführen läßt.

[27] So betont auch Sokolowski S. 305, daß die Tradition von Konnossement, Lade- und Lagerschein in ihren rechtlichen Wirkungen nicht den bloßen Übergang eines mittelbaren Besitzes bezwecke, sondern der Güter selbst, also des unmittelbaren Besitzes an ihnen.

[28] vgl. Wiener l. c. S. 88.

[29] Ganz singulär in der gemeinrechtlichen Literatur erscheint bei den Erörterungen über handelsrechtliche Warenpapierübergabe und römischrechtliche Traditionsmaxime die Ansicht v. Liebes, der Schiffer und Frachtführer nicht als Detentoren, sondern als „Besitzer zu fremdem Recht im eigenen Namen", als „prodomini" betrachtet. Vgl. seine interessanten Ausführungen S. 143/44.

[30] vgl. Biermann, Traditio ficta S. 51.

[31] vgl. Biermann, Diss. S. 3.

[32] vgl. Kroschel S. 258, 259.

[33] Pand. S. 421.

[34] S. 5.

[35] vgl. Leonhard, Gutachten S. 93.

[36] Wurde vorher animo et corpore besessen, so verbleibt jetzt nur die Detention, was sicherlich Besitzverlust bedeutet (l. 44, 2 D. 41, 2: possessionem amitti vel animo vel etiam corpore). So wenigstens die herrschende Meinung, während von anderer Seite eingewendet wird, der Besitz könne nur animo et corpore verloren werden (vgl. darüber Biermann, Diss. S. 5).

[37] So in neuerer Zeit noch wieder Kohler S. 4: „Der Besitzvertrag — und ein solcher ist auch das constitutum possessorium (anders v. Liebe S. 134, der den Vertragscharakter des Konstituts leugnet) — ist nie ein sukzessorischer Vertrag; es geht nie der Besitz des einen auf den andern über, sondern stets erlangt der Besitzerwerber neuen Besitz kraft seiner Besitzergreifung". Das Gegenteil verficht z. B. Strohal in seiner „Sukzession in den Besitz" 1885.

[38] Für das BGB., das Besitzübertragung durch Willenseinigung anerkennt, vgl. Sokolowski: „Irgendwelche Mängel in der Willenseinigung schließen den Besitzerwerb nicht aus, er wird aber ein originärer sein ..." (S. 306).

[39] vgl. Biermann, Diss. S. 9.

[40] Pandektenkomm. Bd. 8 § 580.

[41] S. 11.

[42] Diss. S. 10 u. 12.

[43] S. 10.

[44] Rechtserwerb durch Tradition S. 152.

[45] vgl. S. 7 u. 10.

[46] Zur Besitzlehre.

[47] vgl. Pininski S. 241 Note 1.

[48] In umgekehrter Schlußfolgerung begreift v. Liebe S. 139 unter traditio jede Art von konsensualem Besitzwechsel.

[49] Bähr, Urteile S. 64.

[50] Geller S. 11.

[51] Urteile S. 65.

[52] vgl. hierzu die Ausführungen Gellers S. 1—5.

[53] Handelte das Reskript ursprünglich von der Wirkung der durch usucapio „stabilisierten Tradition" (Geller S. 3), so stellte es sich nun als Aufzählung zweier voneinander unabhängiger Eigentumserwerbsarten dar, einer derivativen, der Tradition, und einer originären, der Usukapion; daher man meistens das „et usucapionibus" nicht mitzitiert findet.

[54] S. 4.

[55] vgl. Harburger S. 3; Biermann, Diss. S. 11.

[56] So bezeichnet noch Leyser um die Mitte des 18. Jahrh. in seinen meditationes ad Pandectas spec. 445 med IV das constitutum possessorium als „nobilissima species inter traditiones fictas".

[57] Harburger S. 6.

[58] vgl. Cramer S. 31.

[59] Recht des Besitzes § 27.

[60] S. 75.

[61] S. 2f.

[62] Diss. S. 6.

[63] s. Schloßmann, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 24, romanistische Abteilung, 1903 S. 13/14; vgl. über die Bedeutung des Satzes „nemo sibi causam ..." auch Stemann S. 42.

[64] Scheurl S. 110.

[65] Scheurl S. 110.

[66] vgl. Scheurl S. 109.

[67] S. 109.

[68] Scheurl S. 111.

[69] Anders Kroschel S. 264 Anm.

[70] S. 16.

[71] S. 211.

[72] S. 212.

[73] vgl. Kohler S. 8.

[74] Besitzerwerb S. 150/51.

[75] Strohal (Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem

Recht 1885) vermeidet eine grundsätzliche Stellungnahme zu dieser Kontroverse und sieht mehr auf die praktische Brauchbarkeit der Konstitutskonstruktionen. Er sagt (l. c. S. 190/91): „Meistens kommt man mit der Savignyschen Auffassung des constitutum possessorium als eines normalen Falles des Besitzerwerbs durch Stellvertreter aus. Allein das constitutum possessorium führt auch dann einen Besitzübergang ohne weiteres herbei, wenn es sich um die Tradierung eines vom bisherigen Besitzer lediglich solo animo retinierten Besitzes handelt. Es wird dann nicht für den Empfänger Besitz originär hergestellt, sondern der durch das Rechtsgeschäft für sich allein vermittelte Besitzerwerb kann nur ein derivativer sein".

[76] Gesammelte Abhandl. S. 7.
[77] vgl. Sokolowski S. 182.
[78] Bähr, Besitzlehre S. 327f.
[79] Gutachten S. 8.
[80] Tradition S. 143.
[81] 15. Deutscher Juristentag 1880 Bd. 1 S. 130.
[82] Harburger S. 42.
[83] Exner, Gutachten S. 8.
[84] vgl. Müller-Erzbach S. 24/25.
[85] Scheurl S. 120.
[86] Wir folgen bei dieser Darstellung im wesentlichen den Angaben Biermanns in seiner „Traditio ficta".
[87] Biermann l. c. S. 36 u. 63.
[88] Biermann l. c. S. 53.
[89] Biermann l. c. S. 57/58.
[90] Biermann l. c. S. 53.
[91] Biermann l. c. S. 107.
[92] Biermann l. c. S. 109—111.
[93] Biermann l. c. S. 198.
[94] Biermann l. c. S. 190.
[95] Biermann l. c. S. 245.
[96] Biermann l. c. S. 253.
[97] Biermann l. c. S. 320.
[98] Puchta S. 62.
[99] Savigny § 27.
[100] Behrend S. 79.
[101] Cramer S. 31.
[102] S. 48.
[103] S. 259.
[104] Besitzlehre § 21 S. 219.
[105] Handb. § 65.
[106] Studien S. 14/15.
[107] Besitzlehre § 21 S. 219.
[108] Handelsrecht § 78.

[109] Pand. Bd. 1 7. Aufl. S. 422 Anm. 6.

[110] Biermann, Diss. S. 49.

[111] Biermann l. c.

[112] Pand. S. 422 Anm. 6.

[113] vgl. l. c. S. 422.

[114] vgl. Hirzel S. 49.

[115] s. Diss. S. 47f.; seine wesentlichen Gegenargumente finden bei Darstellung der betreffenden Ansichten Berücksichtigung.

[116] Traditio ficta S. 211.

[117] Traditio ficta S. 399f.

[118] Urteile S. 66.

[119] Auch das ist ein Argument der Kausatheoretiker.

[120] Besitzlehre S. 327f. Note 89.

[121] Behrend S. 80.

[122] vgl. Biermann, Traditio ficta S. 378.

[123] S. 466.

[124] S. 562.

[125] S. 261.

[126] 4. Aufl. S. 565.

[127] 4. Aufl. S. 562.

[128] 4. Aufl. S. 564.

[129] Gutachten S. 6/7.

[130] Tradition S. 143.

[131] Kritik S. 307.

[132] Gutachten S. 8.

[133] Tradition S. 144; Kritik S. 307.

[134] Tradition S. 144; Anm. 56.

[135] vgl. Biermann, Diss. S. 48.

[136] Kroschel bewegt sich denn auch im circulus vitiosus, indem er bei jener Verwechslung eine „causa repraesentationis" verlangt, dagegen das Erfordernis einer „causa detentionis" ablehnt, ohne zu bemerken, daß er damit auch jene verwirft, die er zuvor noch gefordert hatte.

[137] Müller-Erzbach S. 22/23.

[138] S. 258/59.

[139] Vacua possessio I, S. 324 (vgl. Hirzel S. 45 Anm. 15; Knieps Werk selbst war uns nicht zugänglich).

[140] s. S. 289/90.

[141] Gutachten S. 8.

[142] S. 328.

[143] Diss. S. 52.

[144] S. 82.

[145] Im weiteren Sinne (oben § 6 sub 3).

[146] S. 219, 231.

[147] S. 238/39.

148 S. 239.

149 S. 241/42 Note 1.

150 S. 249.

151 S. 246, 247.

152 S. 248.

153 S. 248.

154 Auch Eck (S. 335) deutet ihn an, indem er zum constitutum possessorium einen „Rechtsgrund für die Hingabe der Sache an den neuen Erwerber" (causa traditionis) und daneben einen zweiten für die „Rückgabe der Detention an den bisherigen Besitzer" (causa retraditionis) verlangt. — Ebenso Endemann, Lehrb. 7. Aufl. Bd. 2 S. 145/46: „Das constitutum possessorium dient als Ersatz der Übergabe und Rückgabe".

155 Pand. § 155.

156 s. Pand. Bd. 1 S. 773 f.

157 Pand. § 155 Anm. 8a.

158 Windscheid meint (l. c.), insofern könne mit Bähr (Urteile d. RG. S. 66) gesagt werden, daß das Gericht, welches nach dem Grunde dieser Erklärung fragen wollte, sich einer „unberechtigten Neugierde" schuldig machen würde.

159 Tradition im engeren Sinne als dem der herrschenden Meinung (s. oben § 4), wie auch Exner sie ursprünglich auffaßte.

160 s. auch Windscheid § 172 (S. 893/94), wo gesagt wird, daß der im constitutum liegende Ersatz der zur Eigentumsverschaffung nötigen Tradition nur dann gegeben sei, wenn ein Grund vorliege, „kraft dessen der Übertragende die Inhabung behalte", denn dann werde die Übergabe dadurch ersetzt, daß der Übertragende die Inhabung für den Erwerber zu haben anfange. „Die bloße Erklärung des Übertragenden, die Sache für den Erwerber haben zu wollen", ersetze die Übergabe ebensowenig wie „eine Erklärung des Inhalts, daß hiermit die Sache übergeben sei".

161 § 155 Anm. 8b.

162 l. c. Anm. 8c.

163 Entsch. Bd. 5 S. 181.

164 Diss. S. 54.

165 vgl. Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 192 S. 271.

166 s. die Verweisungen in dem zitierten Reichsgerichtsurteile.

167 s. oben Anm. 149a.

168 So Kroschel S. 265.

169 Hirzel S. 51.

170 S. 53.

171 Gutachten S. 7 u. 10.

172 S. 45.

173 S. 70.

174 Diss. S. 51.

175 Gutachten S. 94.

[176] Kritik S. 314/15.

[177] l. c. S. 314.

[178] l. c. S. 315.

[179] Daß in der Tat Sichtbarkeit des Besitzes wie der Besitzbegründung und der Besitzfortdauer kein wesentliches Moment des römischen Besitzrechts ist, ergibt die ganze Lehre von der Stellvertretung bei Besitzerwerb und Besitzbehauptung; vgl. Goldschmidt, Besitzlehre § 21 S. 217, 219/20.

[180] S. 6.

[181] S. 8.

[182] S. 9.

[183] S. 12.

[184] vgl. S. 8.

[185] S. 15.

[186] vgl. S. 24/25, 27.

[187] S. 28.

[188] S. 13.

[189] So auch trotz seiner Zugehörigkeit zur „Stellvertretungstheorie" Goldschmidt, Besitzlehre § 21 S. 216.

[190] S. 133—139.

[191] Besitzlehre § 21 S. 220 Anm. 1.

[192] v. Liebe beruft sich für den Unterschied zwischen Konstitut als einem Falle von Besitzübertragung und Vertrag auch auf l. 20 C. de pactis, wo einem pactum der Effekt der Besitzübertragung ausdrücklich abgesprochen werde.

[193] s. oben § 5.

[194] l. 28 C. 8, 53 (54): Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere. l. 35 § 5 C. 8, 53 (54): Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus usus fructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intellegi fieri.

[195] s. oben § 6 sub 3.

[196] s. oben § 13.

[197] s. oben § 6.

[198] Jhering S. 211.

[199] S. 213.

[200] S. 216.

[201] S. 218.

[202] S. 113.

[203] S. 74.

[204] S. 113.

[205] Ähnlich wie v. Liebe (oben § 17) will Jhering als causae detentionis nur Rechtsgeschäfte gelten lassen, die die Detentionsbelassung in

das Interesse des Konstituenten verlegen (S. 211). Damit wäre das Depositum ausgeschlossen, während es z. B. vom RG. in den Erkenntnissen v. 19. 2. 1884 und 25. 4. 1887 zugelassen wird (vgl. Kohler S. 74 Anm. 80).

[206] vgl. Entsch. d. ROHG. v. 17. 12. 1878 (Seufferts Arch. Bd. 34 Nr. 270).

[207] vgl. zu dem Folgenden Sokolowski S. 310/11.

[208] vgl. Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 58, Bd. 25 Nr. 98, Bd. 30 Nr. 119, 120, Bd. 34 Nr. 13, Bd. 44 Nr. 5 sowie Biermann, Traditio ficta S. 371f. und die dort zitierten Entscheidungen.

[209] So OAG. Lübeck (Seufferts Arch. Bd. 10 Nr. 229) und OAG. Wolfenbüttel (Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 211); anders Obergericht Hamburg (s. Biermann, Traditio ficta S. 372), wo die Übergabe des Kaufbriefes, in dem es heißt, der Verkäufer überliefere das Schiff hierdurch eigentümlich, für ein Konstitut erklärt wird. — Ähnlich OAG. Celle (Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 310): Übertragung des Zivilbesitzes und Eigentumes an einem noch im Bau befindlichen Schiffe und den nachher noch demselben hinzugefügten Materialien auf den Besteller durch Vereinbarung in Form einer schriftlichen Bescheinigung, allerdings unter erheblicher Anzahlung des Lieferungspreises.

[210] vgl. OAG. Dresden (Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 15) und Wolfenbüttel (Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 211); auch RG. Bd. 19 S. 241, wo außer dem Entschlusse zur Besitzübertragung die Betätigung des Entschlusses verlangt wird.

[211] vgl. OLG. Hamburg (Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 192) und Kiel (Seufferts Arch. Bd. 39 Nr. 190).

[212] OAG. Celle (Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 90).

[213] vgl. OLG. Frankfurt (bei Biermann, Traditio ficato S. 378) und Rostock (Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 8).

[214] vgl. Biermann, Traditio ficato S. 381.

[215] s. oben §§ 10, 14.

[216] Seufferts Arch. Bd. 39 Nr. 291.

[217] RG. Bd. 24 S. 311.

[218] s. im übrigen Sokolowski S. 311 und die dort zitierten anderen Reichsgerichtserkenntnisse.

[219] vgl. Urteile des RG. v. 1. 4. 1897 (DJZ. 1897 S. 225), wo es heißt: Nach gemeinem Recht ist ... als Grundlage eines constitutum possessorium die Begründung eines besonderen Rechtsverhältnisses erforderlich, welches den Veräußerer zum Behalten der veräußerten Sache gegenüber dem Erwerber befugt und durch welches bei feststehender Absicht, Besitz (und Eigentum) zu übertragen und zu erwerben, die Ersparung des Hingebens und des sofortigen Zurückgebens der Sache, also des Detentionswechsels, erklärt und gerechtfertigt wird.

[220] Dieser Gedanke ist auch in § 854, II BGB. klar ausgesprochen.

[221] vgl. Sokolowsky S. 312.

[222] vgl. Crome S. 32 Anm. 25, S. 49 Anm. 45, S. 204 Anm. 22; Endemann S. 208 Anm. 37; Bendix S. 571; Liebe S. 59 (Anm. 3 zu

§ 227); Ramdohr S. 59; Planck zu § 930 sub 3; Kretzschmar zu § 868 sub 2c; Kober zu § 930 sub 1bβ; Neumann, Handausgabe zu § 930 sub 2; Wolf zu § 868; RG. Bd. 49 S. 173 f., Bd. 54 S. 397 f.; JurW. 1902 S. 10; Recht 1902 S. 350, 1903 S. 430; bayer. Oberstes LG. in Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 127; OLG. Breslau bei Mugdan u. Falkmann, die Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 112; KG. ebenda S. 191; Hamburg in DJZ. 1903 S. 228.

[223] vgl. Crome S. 49 Anm. 45.

[224] vgl. Prot. Bd. 3 S. 198; Meisner zu § 930 sub 2.

[225] vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 81. — Cosack S. 127 bezweifelt, daß die Regel des § 930 überhaupt einen praktischen Wert habe, denn er wisse Beispiele eines abstrakten Besitzkonstituts, die im Leben wirklich vorkämen, nicht anzuführen. Das RG. (Bd. 49 S. 170, Bd. 54 S. 398) denke freilich anders darüber, indem es in folgendem Fall das Vorhandensein eines gültigen Besitzkonstituts verneine: A hat dem B eine Maschine auf Kredit verkauft und durch Übergabe übereignet. B gerät aber mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug. Die Parteien vereinbaren nunmehr, daß das Eigentum der Maschine auf A zurückübertragen werde und B die Maschine bis zur Zahlung des Preises für A besitzen solle. — Cosack ist der Ansicht, hier sei der Rechtsgrund des Konstituts mit ausreichender Deutlichkeit und in rechtlich unanfechtbarer Weise festgesetzt, und es habe keinen Zweck, zu fordern, daß die Parteien in einem Falle dieser Art ausdrücklich erklärten, B solle die Maschine als „Leiher" oder „Mieter" oder als „Verwahrer" behalten. — Solche Erklärung, die ebenfalls nur zum Scheine erfolgen kann, wird man allerdings nicht verlangen, wohl aber den einwandfreien Nachweis eines der Erklärung entsprechenden, ernstlich gewollten Rechtsverhältnisses solcher Art; sonst wäre ja wieder dem Konstitutsunfug, dem das RG. steuern will, Tür und Tor geöffnet.

[226] Erwähnt wird es außerdem noch in § 1032 BGB. bei der Nießbrauchsbestellung, wo § 930 für entsprechend anwendbar erklärt wird.

[227] vgl. Sokolowski S. 243/44.

[228] vgl. über diese Streitfrage Wendt, Besitz und Besitzwille (in der Gießener Festschr. 1907 S. 78 f.) S. 82 f. u. 95 f. sowie die die Ansichten sämtlicher Schriftsteller über diese Frage kritisch würdigende Colbergsche Monographie „Ein Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe nach dem BGB.", insbesondere S. 66/67.

[229] vgl. Sokolowski S. 244.

[230] Kniep S. 253.

[231] Wenigstens nicht mehr unmittelbarer; vgl. unten Anm. 234.

[232] Dernburg, Bürgerl. R. S. 70; Lehmann (Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 12) stellt dem Eigenbesitzer als zusammenfassenden Begriff den „Fremdbesitzer" gegenüber.

[233] Die Ausdrücke von Lehmann l. c.

[234] vgl. Eck-Leonhard S. 114.

[235] vgl. Strohal, Sachbesitz S. 91.

[236] vgl. Kuhlenbeck, Handkomm. Anm. 1 zu § 868.

[237] vgl. Kipp Bd. 1 S. 785 sub c.

[238] vgl. Strohal, Sachbesitz S. 78.

[239] S. 659.

[240] Nord S. 77; vgl. auch die Fassung bei Matthiaß S. 11: „Tritt der bisherige unmittelbare Besitzer durch Vertrag in ein solches Verhältnis zu einem andern, so erlangt der andere den mittelbaren Besitz".

[241] vgl. oben § 6 sub 2; auch Jhering oben § 18.

[242] Buhl S. 27.

[243] Kohler S. 81.

[244] vgl. Crome S. 49.

[245] So Biermann, Komm. zu § 930 sub 1; Kober zu § 930 sub 1bε; auch Planck; Kuhlenbeck (Von den Pand.... Bd. 2 S. 522); Ramdohr S. 59 sub c; Türcke, Niedenführ u. Winter Anm. 7 zu § 930; Goldmann u. Lilienthal S. 72 Anm. 15; Przibilla, Diss. S. 37f.; abweichend Lehmann (Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 18); Kniep S. 253; Leonhard (Eck-Leonhard Bd. 2 S. 114 Anm. 1); Crome S. 49, 203, auch Anm. 20 ebenda; Dernburg S. 70; Kohler S. 81f.

[246] S. 81f.

[247] Eck-Leonhard Bd. 2 S. 114 Note 2.

[248] Charakterisiert sich doch das Abhängigkeitsverhältnis in § 855 gerade dadurch, daß der Inhaber bei Behandlung der Sache sich keinen eigenen Willensentschluß erlauben darf, sondern daß alle Entschlüsse, die die Sache betreffen, lediglich vom Besitzherrn ausgehen und die Person des Inhabers, des „unselbständigen Besitzers" (Strohal), nur benutzt wird, um den Willen des Herrn durchzuführen (Wildt S. 42).

[249] Buhl S. 27/28.

[250] Cosack Bd. 2 § 188.

[251] Buhl S. 28.

[252] S. 82.

[253] Diesen Ausdruck findet Kohler übrigens so verächtlich, daß man ebensogut „Besitzhausknecht" sagen könne.

[254] vgl. Tuhr S. 533.

[255] S. 96.

[256] vgl. Prot. Bd. 3 S. 198; Planck zu § 930 sub 3.

[257] vgl. RG. Bd. 49 S. 174, Bd. 54 S. 396; s. auch die bei Müller u. Meikel, Das bürgerl. R. des Deutschen Reiches 2. Aufl. 1904 Bd. 1 S. 751 zitierten Entscheidungen; Crome S. 32 Anm. 19.

[258] Auch muß die Vereinbarung bestimmte Sachen betreffen (Recht 1906 S. 937; JurW. 1901 S. 214); vgl. auch Kober S. 52.

[259] l. c.

[260] Kober zu § 868 (S. 51).

[261] vgl. Kober S. 52; Planck zu § 868 sub 2bβ; Crome S. 32/33;

Biermann, Komm. zu § 868; Endemann § 32; Matthiaß S. 7/8; Wildt S. 32/33; RG. Bd. 49 S. 173.

[262] vgl. Kober S. 52.

[263] s. Bd. 3 S. 218f.

[264] Crome S. 33; Kretzschmar zu § 868 sub 2c.

[265] Kober S. 52.

[266] Endemann § 32; Matthiaß S. 8; abweichend Thiesing, Arch. f. bürgerl. R. 1902 S. 240f., der das Kriterium lediglich auf den zeitlich begrenzten Besitz abstellt.

[267] Crome S. 33; Planck zu § 868 sub 2bβ; Thiesing l. c. S. 246f.

[268] Über Eigentumsvorbehalt beim Kaufe s. RG. Bd. 54 S. 397; anders Planck zu § 868 sub 2bβ.

[269] Kober S. 54 (zu § 868 sub II, 2); Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 73; Strohal, Sachbesitz S. 19 Anm. 26.

[270] Matthiaß S. 8; Kretschmar zu § 868 sub 2c.

[271] vgl. Tuhr S. 533.

[272] RG. Bd. 48 S. 319; KG. (vgl. Neumann, Jahrb. 1. Jahrg. Bd. 1 S. 525).

[273] OLG. Karlsruhe (Bad. Rechtspraxis 1900 S. 208).

[274] OLG. Hamburg (Hans. Gerichtszeitung 1904, Beibl. S. 17f.).

[275] Weitere Beispiele s. bei Planck zu § 868 sub 2bβ und bei Türcke, Niedenführ und Winter Anm. 2 zu § 868.

[276] Matthiaß S. 8.

[277] Das konkret bestimmte Schuldverhältnis braucht nicht einmal gerade eines der im BGB. besonders behandelten Schuldverhältnisse (OLG. Naumburg, s. Zeitung der Anwaltskammer Naumburg 1907 S. 55), auch braucht es kein Rechtsverhältnis mit festem wissenschaftlichen Namen zu sein (vgl. JurW. 1903 S. 129).

[278] vgl. Crome S. 32, auch Anm. 25 dort; Endemann S. 208 Anm. 37; Bunsen S. 16.

[279] vgl. Bartels S. 659.

[280] Bd. 49 S. 170, auch Bd. 54 S. 396. Deshalb genügt insbesondere nicht die nach der Besitzübertragung erfolgende Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes für den Verkäufer, weil es hier an der Schaffung eines neuen konkreten Rechtsverhältnisses fehlt, auf Grund dessen der Verkäufer dem Käufer den Besitz überließe (vgl. Kober zu § 930 sub 1bγ).

[281] vgl. Kah S. 284; Kober zu § 930 sub 1bβ; Biermann, Komm. S. 138.

[282] vgl. Biermann, Komm. zu § 930.

[283] vgl. Endemann S. 208 Anm. 37, § 80 Anm. 25; Bendix S. 620; Fischer-Henle Anm. zu § 868; RG. Bd. 48 S. 318, Bd. 52 S. 130; JurW. 1902 S. 10; Recht 1903 S. 152.

[284] l. c.

[285] vgl. Bekker S. 19.

[286] s. Prot. Bd. 3 S. 198; auch Mot. Bd. 3 S. 99 (zu dem dem heutigen § 930 entsprechenden § 805 des 1. Entw.).

[287] Übereinstimmend OLG. Karlsruhe (Bad. Rechtspraxis Bd. 68 S. 320), wo selbst Simulation in gewissen Grenzen als unschädlich zugelassen wird.

[288] Die Prot. sprechen von der „mindestens vermeintlichen Existenz" des Rechtsverhältnisses (Bd. 3 S. 198).

[289] Durch das Wörtchen „als" in § 868 wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt. Nicht daß das „Verhältnis" bestehe, sondern daß der Betreffende als Nießbraucher usw. besitze, ist entscheidend (vgl. Planck zu § 868 sub 3 b β).

[290] vgl. Crome S. 32 (auch Anm. 19 dort) u. S. 204; Dernburg, Bürgerl. R. S. 343; Gierke S. 7 Anm. 15; Landsberg S. 648; Ramdohr S. 59 sub c; Kohler S. 76; Planck S. 63, zu § 868 sub 3 b β, zu § 930 sub 3; Biermann, Komm. Bem. zu §§ 868, 930; Kober zu § 868 sub II, 2 u. zu § 930 sub 1 b α; Kretzschmar zu § 868 sub 2 b, zu § 930 sub 3; Kuhlenbeck, Handausgabe Anm. 2 zu § 930; JurW. 1902, Beil. S. 201.

[291] Eck-Leonhard S. 115 Note 1.

[292] Natürlich braucht die Vereinbarung nicht expressis verbis getroffen zu sein; es genügt, wenn sie sich „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" (§ 157 BGB.) aus konkludenten Handlungen folgern läßt.

[293] vgl. RG. Bd. 48 S. 318; Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 123; Dernburg, Bürgerl. R. S. 9; Wolf zu § 868; Kober zu § 930 sub 1 b ζ; Goldmann u. Lilienthal S. 72 Anm. 13. Abweichend OLG. Karlsruhe in Bad. Rechtspr. Bd. 39 S. 169: Danach ist in solchen Fällen besondere Besitzübermittlung nicht nötig, sondern das Güterrechtsverhältnis bildet eine genügende causa detentionis im Sinne des § 930 BGB.

[294] vgl. RG. Bd. 11 S. 60; ROHG. Bd. 25 S. 250 f.

[295] s. Depotgesetz v. 5. 7. 1896 § 7 Abs. 1 am Ende.

[296] RG. Bd. 52 S. 132, auch Bd. 63 S. 17, 405. Vgl. Dernburg, Bürgerl. R. S. 344; Altsmann S. 317; Neumann, Jahrb. 6. Jahrg. zu § 930 sub II, 3.

[297] vgl. Endemann S. 205.

[298] s. darüber Aravantinos S. 146 Anm. 74.

[299] vgl. Bernhöft S. 19.

[300] Ob der gutgläubige Finder „Verwaltungs"-, „Unterbesitzer" des Empfangsberechtigten ist (so z. B. Dernburg, Bürgerl. R. S. 53), ist sehr bestitten. Verneint wird es z. B. von Gierke (S. 7 Anm. 15) und von Matthiaß (S. 8), von diesem wenigstens für die Mehrzahl der Fälle, in denen der Finder die Sache nicht im Auftrage des Verlierers für diesen in Besitz nimmt. Über die ganze Streitfrage s. insbes. Przibilla, Diss. S. 14 f. und in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 365 f. Auch er verneint den mittelbaren Besitz des Verlierers an der Fundsache, obschon § 966 BGB. von einer

Verwahrungspflicht des Finders spreche; denn für mittelbaren Besitz müsse das Verwahrungsverhältnis das Primäre, müsse es die causa possessionis sein. Beim Finder sei aber gerade das Gegenteil der Fall, bei ihm sei der durch den Fund erlangte Besitz die causa der Verwahrungspflicht (Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 369). Nach dem Wortlaute des § 868 BGB. ist dieser Ansicht beizutreten.

[301] s. oben § 21.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.